

## Editorial

La connaissance de l'appréhension de l'arbitrage par les législations et les juridictions étrangères est toujours enrichissante car elle remet en cause les certitudes de nos schémas personnels et nous invite à les reconsidérer.

C'est particulièrement le cas pour le Portugal et le Brésil où l'arbitrabilité des différends n'est pas appréciée avec le même esprit qu'en France et il suffit à cet égard de citer l'arbitrage fiscal au Portugal, inimaginable en France, et pourtant !

On constate même que le pouvoir législatif n'hésite pas à imposer l'arbitrage dans certains domaines (médicaments génériques au Portugal) pour permettre à un secteur économique de se développer sans entrave.

Parallèlement on observe aussi que le développement de l'arbitrage dépend de la façon dont il est considéré par les autorités judiciaires. Nous nous félicitons en France d'une coopération, tant au plan législatif que judiciaire, qui a permis l'instauration de « Paris Place d'Arbitrage », et on constate que le Brésil a pris le même chemin ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de ses tribunaux et de l'importance croissante de l'arbitrage dans ce pays.

Le commerce international exige ce comportement et il est encourageant de constater qu'il gagne du terrain car l'arbitrage international en sortira renforcé.

Les liens qui, grâce à Philippe Fouchard, se sont établis entre le Brésil et la France sont de nature particulière fondée sur une affinité commune mais aussi sur le dynamisme propre aux praticiens de l'arbitrage au Brésil. Leur jeunesse et leur enthousiasme se traduisent notamment par l'organisation de formations, de journées d'études (par exemple le 23 janvier 2015 au colloque organisé à Paris par le Comité Brésilien de l'Arbitrage avec le Comité Français de l'Arbitrage « Confidentialité et transparence en droit de l'arbitrage »), par des publications et au souci de l'appréhension par les juridictions brésiliennes des spécificités de l'arbitrage international. L'ensemble de cette activité fait de ce pays une tête de pont remarquable de l'arbitrage en Amérique du Sud.

L'Association Française d'Arbitrage, consciente du potentiel de l'arbitrage international avec l'Amérique du

## SOMMAIRE

### ÉDITORIAL

### DOSSIER

#### L'ARBITRAGE au PORTUGAL et au BRÉSIL

##### L'ARBITRAGE AU PORTUGAL : DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS

Dário Moura Vicente  
Professeur à la Faculté de Droit  
de l'Université de Lisbonne

##### LES PRINCIPALES INNOVATIONS DE LA RÉFORME DE LA LOI BRÉSILIENNE D'ARBITRAGE

André Chateaubriand Martins  
Professeur à la Pontificia Católica  
do Rio de Janeiro

##### RECENT DEVELOPMENTS IN BRAZILIAN CASE LAW IN RELATION TO ARBITRATION

Flávia Bittar Neves  
Advogado | President of the  
Brazilian Arbitration Committee

Filipe Greco Marco Leite  
Advogado | Member of the  
Brazilian Arbitration Committee

### ACTUALITÉS

- De l'ARBITRAGE
- A l'INTERNATIONAL
- De la MEDIATION

### INFORMATIONS

- 2èmes Rencontres de l'arbitrage  
et du contentieux
- Site de l'AFA | Actualités
- Rendez-vous de l'AFA

Sud a déjà traduit son règlement en espagnol en attendant de pouvoir le rendre disponible en portugais.

- Cas pratique de l'AFA

- After work «cross-examination»

**Bertrand MOREAU**  
*Président de l'AFA*

JURISPRUDENCE



Join our group



# L'ARBITRAGE AU PORTUGAL ET AU BRÉSIL

## L'ARBITRAGE AU PORTUGAL : DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS



Le Portugal s'est doté en 2011 d'une nouvelle loi sur l'arbitrage volontaire basée sur la loi-type de la CNUDCI. Cette loi, dont le projet a été préparé par l'Association Portugaise d'Arbitrage, a modernisé le système juridique portugais dans ce domaine en vue notamment d'attirer au pays un plus grand nombre d'arbitrages internationaux, spécialement ceux concernant des parties siégeant dans d'autres pays lusophones.

En même temps, le législateur portugais a fait preuve d'un certain esprit innovateur, en adoptant une loi - qui a connu un considérable succès au cours de ses premiers quatre ans d'application - s'adressant spécifiquement aux arbitrages nécessaires concernant les litiges entre les titulaires de brevets d'inventions médicales et les fabricants de médicaments génériques.

Le même esprit transparaît dans une autre loi publiée en 2011 et révisée en 2012, qui a réglé l'arbitrage en matière fiscale, en permettant aux contribuables de soumettre à des tribunaux arbitraux les litiges qui les opposent à l'administration fiscale et douanière portugaise.

Enfin, le Code de Procédure des Tribunaux Administratifs a été réformé en 2015 pour ce qui est de l'arbitrage administratif, avec le souci d'élargir le domaine de celui-ci et à renforcer sa transparence.

Nous essayerons ci-après de rendre compte brièvement de ces développements, en distinguant à ce propos l'arbitrage privé (I) de l'arbitrage public (II).

### I - L'arbitrage privé

#### a) L'arbitrage volontaire

La nouvelle loi portugaise sur l'arbitrage volontaire (LAV)<sup>[1]</sup>, entrée en vigueur le 15 mars 2012, a tout d'abord élargi le domaine des litiges arbitrables, en substituant le critère de la disponibilité des droits en litige, adopté par la loi de 1986, par celui de la patrimonialité des intérêts en présence. À cet effet, l'art. 1(1) de la loi établit maintenant que dès lors qu'un litige concernant des intérêts de nature patrimoniale n'est pas, en vertu d'une loi spéciale, exclusivement subordonné aux tribunaux de l'État ou à l'arbitrage nécessaire, il peut être soumis par les parties, moyennant une convention d'arbitrage, à la décision d'arbitres. Le paragraphe 2 de la même disposition ajoute toutefois qu'est également valable une convention d'arbitrage relative à des litiges qui ne se rapportent pas à des intérêts de nature patrimoniale dès lors que les parties peuvent conclure une transaction sur le droit litigieux.

La LAV a aussi essayé de renforcer l'efficacité des conventions d'arbitrage, en disciplinant leur effet négatif. Selon l'art. 5, le tribunal étatique devant lequel est intentée une action relative à une question

faisant l'objet d'une convention d'arbitrage doit, à l'initiative du défendeur introduite avant le moment où il présente ses premières conclusions quant au fond du litige, rejeter la demande, à moins qu'il ne constate que ladite convention d'arbitrage est manifestement nulle, inefficace ou impossible d'être exécutée<sup>[2]</sup>. Dans ce cas, la procédure arbitrale peut néanmoins être entamée ou poursuivie, et une sentence peut y être rendue, avant que le tribunal étatique ne décide le fond du litige. D'après l'art. 18(1), le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, même s'il est nécessaire à cette fin d'apprécier l'existence, la validité ou l'efficacité de la convention d'arbitrage ou du contrat dans lequel elle s'inscrit, ou l'applicabilité de ladite convention. Le tribunal arbitral a ainsi la priorité afin de décider sur sa propre compétence lorsqu'un litige compris dans l'objet d'une convention d'arbitrage est soumis aux tribunaux étatiques. Ceux-ci ont néanmoins la dernière parole à cet égard, puisque la procédure arbitrale cesse et la sentence qui y a été rendue devient inefficace aussitôt qu'un tribunal étatique considère, par une décision définitive, que le tribunal arbitral est incompétent (art. 5(3)).

La LAV de 2011 a réglé les arbitrages multipartites, un aspect qui était omis dans la loi précédente. À ce propos, l'art. 11 prévoit qu'en cas de pluralité de parties demanderesses ou défenderesses et pour autant que le tribunal arbitral doive être composé de trois arbitres, les premières désignent conjointement un arbitre et les secondes en désignent conjointement un autre. Si les parties demanderesses ou défenderesses ne parviennent pas à un accord sur l'arbitre qu'il leur appartient de désigner, le tribunal étatique compétent désignera, à la demande de l'une quelconque des parties, l'arbitre manquant. S'il est démontré que les parties qui n'ont pas pu nommer conjointement un arbitre ont des intérêts conflictuels sur le fond du litige, le tribunal étatique peut nommer la totalité des arbitres et désigner parmi eux leur président.

En outre, la LAV a admis l'intervention de tiers dans l'arbitrage pour autant qu'ils sont liés par la convention d'arbitrage à laquelle se rapporte la procédure arbitrale, qu'ils le soient dès sa conclusion ou qu'ils y aient adhéré ultérieurement. Cette adhésion requiert cependant le consentement de toutes les parties à la convention d'arbitrage et peut être restreinte aux effets de l'arbitrage en cause (art. 36(1)).

Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie et après avoir entendu la partie adverse, ordonner les mesures provisoires qu'il juge nécessaires par rapport à l'objet du litige (art. 21(1)), ce que la pratique révèle être de plus en plus demandé aux tribunaux arbitraux, mais que la loi précédente ne prévoyait pas. En outre, une partie peut présenter une requête d'ordonnance préliminaire enjoignant à une autre partie, sans qu'elle soit préalablement entendue, de ne pas compromettre la finalité de la mesure provisoire demandée (art. 22(1)).

Le délai supplétif afin de rendre la sentence arbitrale a été étendu de six à douze mois (art. 43 (1)), ce que la pratique avait démontré être généralement nécessaire.

L'efficacité de la sentence arbitrale a été consolidée par la prévision de ce qu'elle est en principe insusceptible de recours, seule une demande d'annulation conformément aux dispositions de la loi étant admissible, sauf si les parties en sont convenues autrement (art. 46(1)). On évite ainsi que les parties conduisent la procédure arbitrale dans la perspective d'un futur recours. Parmi les fondements d'annulation des sentences arbitrales, la LAV prévoit la situation où la cour constate que le contenu de la sentence est contraire aux principes de l'ordre public international de l'État portugais, même lorsque la sentence a été rendue dans un arbitrage interne (art. 46(3)(b)(ii))<sup>[3]</sup>.

En ce qui concerne l'arbitrage international (défini, tel qu'en France, comme celui qui « met en cause des intérêts du commerce international »), la LAV précise qu'à défaut de désignation par les parties du droit applicable, le tribunal arbitral appliquera le droit de l'État avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit (art. 52(2)).

Finalement, la loi a attribué aux Cours d'appel la compétence pour l'exequatur des sentences arbitrales étrangères, ainsi que pour l'annulation de la sentence arbitrale et les autres interventions judiciaires dans la procédure arbitrale (art. 59). Elle reconnaît ainsi, conformément à l'opinion de la majorité des praticiens, que ce sont ceux-là parmi les tribunaux étatiques qui sont les mieux placés afin de connaître de ce type de procédures.

## b) L'arbitrage nécessaire

Un autre domaine qui a retenu l'attention du législateur portugais fût l'arbitrage nécessaire. La soumission obligatoire de certains litiges à l'arbitrage était déjà prévue dans certains textes législatifs, concernant notamment la retransmission par câble de programmes de télévision ou de radio protégés par le droit d'auteur et l'accès des intéressés à des ouvrages encryptés pour des usages que la loi retient comme libres. Mais le nouveau régime de soumission obligatoire à l'arbitrage des litiges concernant les médicaments génériques, adopté en 2011, est allé considérablement plus loin.

Ce régime est une conséquence du vaste contentieux suscité au Portugal par les autorisations d'introduction sur le marché de ce type de médicaments et de la lenteur de sa résolution par les cours commerciales et administratives portugaises, ce qui freinait sans justification raisonnable la commercialisation desdits médicaments.

Afin de résoudre ce problème, devenu notoirement plus aigu avec la crise économique et financière éclatée au Portugal au début de cette décennie, la loi de 2011<sup>[4]</sup> a imposé à tout intéressé désirant invoquer son droit de propriété industrielle contre un fabricant de médicaments génériques de le faire devant un tribunal arbitral institutionnel ou de demander la soumission du litige à un arbitrage ad hoc dans un délai de trente jours à compter de la publication de la demande d'introduction sur le marché de ces médicaments. Le litige est l'objet d'une procédure simplifiée et doit être résolu dans un court délai. La sentence arbitrale qui est rendue peut toutefois être attaquée par un recours sans caractère suspensif introduit devant la Cour d'appel compétente.

Ce régime a réussi à débloquer le contentieux relatif à l'infraction des droits de propriété industrielle sur les inventions médicales par la commercialisation des médicaments génériques; mais son application a soulevé un certain nombre de problèmes, parmi lesquels le plus significatif est sûrement celui de la compétence des tribunaux arbitraux ainsi constitués afin de décider de la validité des brevets d'invention invoqués par les demandeurs. Sur ce point, les Cours d'appel portugaises ont rendu des arrêts contradictoires - les uns admettant que les tribunaux arbitraux connaissent de ladite question avec des effets seulement inter partes<sup>[5]</sup>, les autres le niant même avec cette restriction<sup>[6]</sup> -, ce que demandera à bref délai une clarification par la Cour suprême.

## II - L'arbitrage public

### a) L'arbitrage fiscal

Le même dessein de célérité, ainsi que la préoccupation de réduire le nombre d'affaires pendantes devant les tribunaux étatiques, ont mené le législateur portugais à admettre la résolution par arbitrage des litiges opposant les contribuables à l'administration fiscale et douanière portugaise.

Le Régime Juridique de l'Arbitrage en Matière Fiscale<sup>[7]</sup> a institué une procédure simplifiée, avec une durée maximale de six mois, visant à résoudre des litiges qui concernent la légalité d'actes de liquidation d'impôts, d'auto-liquidation de ceux-ci, de leur retenue à la source et de paiement par compte, ainsi que la déclaration de l'illégalité d'actes de fixation de la matière imposable et de fixation des valeurs patrimoniales. L'administration fiscale et douanière n'est cependant soumise à la juridiction des tribunaux arbitraux constitués en conformité avec ce régime juridique que pour des litiges ayant une valeur jusqu'à dix millions d'euros<sup>[8]</sup>.

Les arbitrages ayant pour objet ces litiges ont lieu sous l'égide du Centre d'arbitrage administratif. Les tribunaux arbitraux en question sont constitués par un ou trois arbitres, selon la valeur du litige. Lorsque le tribunal arbitral fonctionne avec un arbitre unique, il est nommé par le conseil déontologique dudit Centre. Les arbitres statuent conformément au droit, le recours à l'équité leur étant interdit. Leurs décisions sont en principe insusceptibles d'appel, mais elles peuvent être annulées par la Cour Administrative Centrale en raison de l'occurrence de certains vices particulièrement graves dans la procédure ou la sentence arbitrale. En outre, ces tribunaux arbitraux peuvent poser, au titre de l'art. 267 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, des questions préjudicielles à la Cour de Justice de l'Union Européenne, comme celle-ci l'a reconnu dans son arrêt du 12 juin 2014<sup>[9]</sup>.

## b) L'arbitrage administratif

Un autre domaine qui a connu un développement législatif de grande portée est celui de l'arbitrage administratif, qui fût l'objet d'une réforme à l'occasion de la révision du Code de Procédure des Tribunaux Administratifs survenue en 2015<sup>[10]</sup>.

L'arbitrage administratif était déjà préalablement admis par ce Code, adopté en 2002. La réforme de 2015 a cependant élargi le domaine des matières qui peuvent lui être soumises. Celui-ci comprend maintenant: a) Les questions concernant des contrats, y compris l'annulation et la déclaration de nullité d'actes administratifs relatifs à leur exécution; b) Les questions concernant la responsabilité civile extra-contractuelle, y compris la mise en œuvre du droit de retour ou les indemnités dues selon la loi dans le contexte des rapports juridiques administratifs; c) Les questions concernant la validité des actes administratifs, sauf disposition légale contraire; et d) Les questions concernant les rapports juridiques d'emploi public, pour autant qu'elles ne concernent pas des droits indisponibles et qu'elles ne proviennent pas d'accident de travail ou d'une maladie professionnelle. Tout intéressé désirant recourir à l'arbitrage afin de résoudre un de ces litiges peut demander à l'administration publique l'octroi d'un compromis arbitral, le refus de celui-ci devant être motivé selon les termes généraux de la loi administrative. La publication des sentences arbitrales rendues en matière administrative est devenue obligatoire aussitôt qu'elles acquièrent la force de chose jugée. Elle doit avoir lieu par le biais d'une banque de données électroniques organisée par le Ministère de la Justice.

Dário Moura Vicente

*Professeur à la Faculté de Droit  
de l'Université de Lisbonne*

[1] Loi n.º 63/2011, du 14 décembre 2011, disponible (aussi en français) sur <http://www.arbitragem.pt>.

[2] Ce qui ne serait le cas, selon la Cour d'appel de Coimbra, que lorsque la nullité, l'inefficacité ou l'impossibilité d'exécution de la convention « se présente au juge d'une façon tellement évidente qu'elle ne requiert aucune production de preuve afin d'être appréciée » : cf. l'arrêt du 19 décembre de 2012, aff. n.º 477/11.8TBACN.C1, disponible sur <http://www.dgsi.pt>.

[3] Voir, sur la distinction entre l'ordre public international et l'ordre public interne face au droit portugais, l'arrêt de la Cour Suprême du 23 octobre 2014, aff. n.º1036/12.4YRLSB.S1, disponible sur <http://www.dgsi.pt>.

[4] Loi n.º 62/2011, du 14 décembre 2011, disponible sur <http://www.pgdlisboa.pt>.

[5] Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel de Lisbonne du 13 janvier 2015, aff. n.º1356/13.OYRLSB, disponible sur <http://www.dgsi.pt>.

[6] C'était le cas de l'arrêt de la Cour d'appel de Lisbonne du 13 février 2014, aff. n.º1053/13.7YRLSB-2, disponible sur <http://www.dgsi.pt>.

[7] Décret-loi n.º 10/2011, du 20 janvier 2011, modifié par la Loi n.º66-B/2012, du 31 décembre 2012, disponible, en version consolidée, sur <http://www.caad.org.pt>.

[8] Arrêté des Ministères des Finances, de l'Administration Publique et de la Justice n.º112-A/2011, du 22 mars 2011, disponible sur <http://www.pgdlisboa.pt>.

[9] Aff. C 377/13, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA c. Autoridade Tributária e Aduaneira, disponible sur <http://curia.europa.eu>.

[10] Décret-loi n.º 214-G/2015, du 2 octobre 2015, modifiant les articles 180 à 187 du Code de Procédure aux Tribunaux Administratifs, disponible sur <http://www.pgdlisboa.pt>.

## LES PRINCIPALES INNOVATIONS DE LA RÉFORME DE LA LOI BRÉSILIENNE D'ARBITRAGE- LOI 13.129/15

### 1. INTRODUCTION

En vigueur au Brésil depuis 19 ans, la Loi Brésilienne d'Arbitrage ("LBA"), a eu la vertu de remplacer le système qui était en place depuis des décennies par un mécanisme efficace de protection de la



procédure d'arbitrage à l'intervention du Pouvoir Judiciaire. De nombreux progrès ont été réalisés avec la LBA depuis sa promulgation, notamment grâce à la consolidation des positions favorables du Pouvoir Judiciaire à l'arbitrage. D'un autre côté, la croissance rapide de l'arbitrage au Brésil a mis à l'ordre du jour des questions qui n'ont pas été traitées par le législateur en 1996 et qui avaient besoin d'une actualisation législative pour apporter une plus grande efficacité à l'institut de l'arbitrage.

Le 25 juillet 2015 est entrée en vigueur la Loi n° 13.129, qui a réformé la Loi Brésilienne d'Arbitrage ("LBA")<sup>[1]</sup>, après le travail développé par la Commission de Juristes instaurée par le Sénat Fédéral pour l'élaboration d'un avant-projet de loi, approuvé par le Congrès National sans aucune modification<sup>[2]</sup>. La commission de Juristes a eu l'importante mission de préserver la LBA, en se limitant à son actualisation et à des ajustements aux besoins des parties en conflit.

Parmi les innovations de la réforme, est mise en valeur l'admission de l'arbitrage concernant les personnes de l'administration publique directe, de la création du droit de se retirer pour les actionnaires dissidents au sein des compagnies, ainsi que les ajustements relatifs aux aspects processuels, qui méritaient une révision, comme c'est le cas des tutelles de protection et d'urgence, de la lettre arbitrale (qui discipline le dialogue entre le Tribunal Arbitral et le Pouvoir Judiciaire), de la sentence partielle et de la prescription.

Dans ce contexte, on peut affirmer que la réforme de la loi a établi un nouveau pas légal pour l'arbitrage dans le pays, amplifiant son but (arbitralité), outre l'introduction de changements qui résolvent des questions processuelles et procéduraires, de façon à proportionner l'extension de la portée matérielle de l'application de l'arbitrage dans le cadre juridique brésilien.

Pour ces raisons, le présent essai analysera les principales innovations survenues dans la réforme de la LBA, ainsi que les motivations qui lui ont donné origine et les implications dans la pratique de l'arbitrage au Brésil.

## 2. ADMINISTRATION PUBLIQUE

À partir de la promulgation de la Loi n° 9.307/96, ont débuté d'intenses débats au Brésil autour de la possibilité de la participation de l'Administration Publique directe dans l'arbitrage. En raison du commandement constitutionnel, l'Administration Publique directe peut seulement faire ce que la loi lui permet (principe de la légalité au sens strict)<sup>[3]</sup>, raison pour laquelle jurisprudence prévalent signifiait que l'autorisation générique de l'art. 1° de la LBA<sup>[4]</sup>, sans faire aucune mention à l'Administration Publique, ne serait pas suffisant pour permettre l'inclusion de clause compromissoire dans des contrats administratifs en l'absence d'une autorisation légale spécifique. Il est bon de rappeler qu'une telle discussion est en rapport avec l'Administration Publique directe et non indirecte en relation<sup>[5]</sup>, dont la permission pour participer de l'arbitrage avait déjà été acceptée par la jurisprudence<sup>[6]</sup>.

Quelques diplômes légaux ont dorénavant autorisé, dans des matières déterminées, la participation de l'Administration Publique dans l'arbitrage<sup>[7]</sup>. Cependant, l'absence d'autorisation législative dans la loi brésilienne de licitations (Loi n° 8666/93) et dans la LBA rendaient la discussion restreinte aux situations traitées par les diplômes légaux en référence, que ne remplacent pas l'absence d'une règle générale pour les engagements faits avec l'Administration Publique.

Pour résoudre cette question, le législateur a décidé d'insérer deux paragraphes à l'article 1° de la Loi n° 9.307/96, en sachant que "l'administration publique directe et indirecte pourra utiliser l'arbitrage pour régler des conflits relatifs aux droits patrimoniaux disponibles", et "l'autorité ou l'organe compétent de l'administration publique directe pour la réalisation de la convention d'arbitrage est la même que pour la mise au point d'accords ou de transactions". De tels dispositifs, qui ont été convertis en loi le 25 juillet 2015, ont laissé au critère de l'Administration Publique l'utilisation de l'arbitrage comme moyen de solutionner des controverses au Brésil, sans qu'il n'y ait aucune discussion à propos de sa légalité. Alors que le premier dispositif crée une autorisation générique, le deuxième établit qui aura

la compétence et la responsabilité, dans le cadre de l'Administration Publique, pour faire le choix par la voie arbitrale.

La seule limite qui s'applique aux disputes qui concernent l'Administration Publique est l'identification dans la nature disponible ou indisponible des intérêts réglés par le contrat administratif. Comme on le sait, l'Administration Publique agit parfois en son nom, c'est à dire, dans son intérêt secondaire ou agit au nom de la collectivité, dans son intérêt premier. L'intérêt secondaire est manifestement instrumental et a pour but de permettre que l'Administration Publique accomplisse son objectif d'agir au nom et pour le bien de la collectivité. En d'autres mots, alors que les intérêts primaires concernent les intérêts qui favorisent et concrétisent les valeurs élues par la société comme un tout –sécurité, santé, éducation, transport publique, protection de l'environnement, etc –, les intérêts secondaires favorisent les intérêts patrimoniaux de l'État ou de ses entités.

De plus, sur cet aspect de la régulation de l'arbitrage dans le cadre administratif, le législateur a décidé d'inclure le § 3° à l'art. 2° de la LBA. Selon ce dispositif, n'importe quel arbitrage qui concerne l'Administration sera toujours de droit (et donc, non par équité) et respectera le principe de la publicité.

Ainsi, le fait de combler la lacune législative, c'est à dire d'autoriser l'Administration Publique à recourir à l'arbitrage consiste en une des principales innovations venant de la réforme de la LBA, puisqu'il a servi à solutionner une importante impasse, tout en régulant l'application de l'institut, de façon à garantir sa validité et son efficacité.

### 3. DROIT SOCIÉTAIRE

Un autre point important, qui générerait beaucoup d'indéfinition dans les arbitrages concernant les actionnaires et la compagnie, était la force obligatoire de la clause compromissoire statutaire pour les actionnaires qui n'ont pas expressément approuvé en assemblée générale l'adoption de l'arbitrage comme moyen de solutionner des controverses dans le cadre de disputes sociétaires. Basé sur le principe constitutionnel selon lequel aucune lésion ou menace au droit ne pourra être éloignée de l'appréciation du Pouvoir Judiciaire, quelques auteurs brésiliens soutiennent que, même pour les disputes sociétaires, la concordance individuelle de l'actionnaire avec l'arbitrage serait nécessaire. Pour ce courant doctrinal, le principe majoritaire du quorum d'approbation en assemblée d'actionnaires ne serait pas suffisant pour supplanter le droit très personnel de l'actionnaire qui a périmé.

Dans la réforme de la loi, pour surpasser ce débat, l'art. 22-C, § 3o a été inclu dans la LBA, qui a ajouté l'art. 136-A à la Loi des Sociétés par Actions (Loi 6.404/76). Selon ce dispositif, "l'approbation de l'insertion de convention d'arbitrage dans le statut social, observé le quorum de l'art. 136 [de la Loi des S.A.], oblige tous les actionnaires, garantit à l'actionnaire dissident le droit de se retirer de la compagnie moyennant le remboursement de la valeur de ses actions". A partir de cette innovation, l'introduction de la clause compromissoire statutaire est devenue un droit de l'actionnaire, à l'exception du droit de l'actionnaire dissident de se retirer de la compagnie, même si un tel droit de retrait était limité à certaines situations en rapport avec la liquidité et à la dispersion des actions sur le marché, comme que les compagnies non cotées en bourse.

Une telle complémentation à la règle originale n'innove pas quant à l'autorisation de l'arbitrage en matières sociétaire, mais elle est d'une extrême importance pour éloigner les incertitudes par rapport à la possibilité que les actionnaires dissidents recourent au Pouvoir Judiciaire pour instaurer un procès parallèle ou même paralyser l'arbitrage.

### 4. AUTRES INNOVATIONS

La réforme du LBA s'est également inquiétée de corriger et d'actualiser certains aspects processuels des lois qui avaient besoin d'une révision. Parmi eux, ressortent la discipline des tutelles de protection et d'urgence, la lettre arbitrale, la sentence partielle et la prescription. Avec l'insertion de l'art. 22-A au texte légal, il a été défini qu'avant l'institution de l'arbitrage, les parties pourront recourir au Pouvoir Judiciaire pour la concession de mesures provisoire ou conservatoire. L'inertie de la partie intéressée - au cas où l'institution de l'arbitrage ne soit pas demandée dans un délai de trente jours, comptés à

partir de la date d'activation de la décision - fait cesser l'efficacité de la mesure de protection ou d'urgence accordée.

Le nouveau texte légal prévoit, encore, qu'une fois l'arbitrage institué, il appartiendra aux arbitres de maintenir, modifier ou révoquer la mesure de protection ou d'urgence accordée par le Judiciaire et, dans le cas de l'arbitrage ayant déjà été institué lors de la requête des mesures, la compétence pour les apprécier est exclusive des arbitres (art. 22-B).

Ont également été promues quelques consolidations de ce qu'il se passait déjà dans la pratique, mais qui n'étaient pas contemplées par la loi, comme la possibilité de prolation de sentence partielle - c'est à dire, d'une sentence qui juge à l'avance une partie du litige, laissant les autres aspects pour la fin du procès. Selon le nouveau Code du Procédure Civil, il a également été prévue la lettre arbitrale, un outil important de communication entre le tribunal arbitral et le Pouvoir Judiciaire, déterminant pour l'exécution d'actes sollicités au cours de l'arbitrage. Telle innovation, outre essentielle à la pratique et à l'efficacité de l'institut, démontre la reconnaissance du rôle important accompli par l'arbitrage dans l'administration de la Justice.

A propos de la procédure arbitrale, il est également important de souligner la discipline conférée par la loi à la prescription dans le cadre de l'arbitrage. L'art. 19 de la Loi 13.129/15, détermine que l'institution de l'arbitrage interrompe la prescription, régressant à la date de la demande de son instauration. De cette façon, on écarte toute marge à différentes interprétations.

## 5. CONCLUSION

En subvenant aux lacunes législatives et en consolidant la notable évolution de l'institut de l'arbitrage au long des dix-neuf ans de loi en vigueur, la réforme promue par le Congrès National a accompli un rôle important en fortifiant l'arbitrage, car elle complète la législation en vigueur, en défaisant les incertitudes et en permettant des solutions rapides et efficaces pour les litiges avec l'amélioration de l'institut au Brésil.

En outre, avec la sédimentation de concepts basiques et la stabilisation de l'arbitrage au Brésil comme une importante méthode de solution de conflits, on favorise un mécanisme qui induit des accords et plus orienté vers un moindre litige comparé aux demandes judiciaires, marquées par la morosité et l'inefficacité.

André Chateaubriand Martins

*Professeur d'Arbitrage à la  
"Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro" (PUC-Rio)  
Membre de la Commission de Juristes du Sénat Fédéral  
responsable de la Réforme de la Loi Brésilienne d'Arbitrage  
Avocat*

[1] Loi n° 9.307 du 23 septembre 1996.

[2] Il y eu, seulement, un veto Présidentiel concernant deux dispositifs du projet, qui disciplinaient l'arbitrage dans les relations de consommation et dans les relations de travail. Avec les veto, la systématique antérieure a été maintenue, sans aucune référence à la LBA à propos des contrats de travail et des relations de consommation.

[3] Art. 37 de la Constitution Fédérale - "Art. 37. L'administration publique directe et indirecte de n'importe lequel des Pouvoirs de l'Union, des États, du District Fédéral et des Municipalités obéira aux principes de légalité, d'impersonnalité, de moralité, de publicité et d'efficacité (...)"

[4] "Art. 1°. Les personnes capables d'engager pourront se valoir de l'arbitrage pour régler des litiges relatifs aux droits parcimoniaux disponibles."

[5] L'administration publique directe est effectuée par les Pouvoirs de l'Union, par les États, le District Fédéral et les Municipalités - organes dépourvus de propre personnalité juridique. L'administration publique indirecte, en revanche, consiste au transfert de l'administration par l'État à d'autres personnes juridiques, qui peuvent être des fondations, des entreprises publiques ou des organismes privés.

[6] "Sont valables et efficaces les contrats signés par les sociétés d'économie mixte exploratrices

d'activité économique de production ou de commercialisation de biens ou de prestation de services (CF, art. 173, § 1°) qui stipulent une clause compromissoire qui soumet à l'arbitrage d'éventuels litiges découlant de l'ajustement" (STJ, Recours Spécial 612.439 - RS (2003/0212460-3), Min. Rapporteur João Otávio de Noronha, 14.09.06)

[7] Loi n° 8.987/1995, art. 23-A (Loi de Concessions); Loi n° 11.079/2004, art. 11, III (Loi des PPP's); Loi n° 10.848/2004, art. 4°, §§ 4° et 5° (Loi de Commercialisation d'Énergie Électrique); Loi n° 10.233/2001, arts. 35, XVI, e 39, XI (Loi du Système National de Trafic); Loi n° 12.815/2013, art. 62, § 1° (Loi des Ports); Loi n° 9.478/1997, art. 43, X (Loi du Pétrole); Loi n° 10.438/2002, art. 4°, § 5°, V (Loi d'Appui aux Sources Alternatives d'Énergie Électrique et Expansion d'Offre d'Émergence).

## RECENT DEVELOPMENTS IN BRAZILIAN CASE LAW IN RELATION TO ARBITRATION



Recent cases decided by some of the most relevant courts in Brazil reveals the consolidation of an “arbitration friendly” approach of the courts and the progress of the quality of the judicial interpretations given to important and controverted aspects of arbitration, in line with the best international practices. This short article aims to examine some of those decisions demonstrating

that recent Brazilian case law provides the so-desired legal certainty sought by the parties who decide to have their disputes resolved by arbitration in Brazil.

After long discussions in lower courts, one of the most notorious recent judicial disputes in Brazil, concerning the validity of an arbitration clause in a shareholders agreement, the so-called “Graal case”<sup>[1]</sup>, was decided by the Superior Court of Justice in February 2016. The core of the dispute relates to the interpretation of the language of the arbitration clause, which read that “[...] doubts and divergences arisen from this shareholders agreement should be resolved via mediation or arbitration, under the terms of the law; except concerning what has been set forth in clause eight.”<sup>[2]</sup>

In one hand, the claimant argued that such clause does not impose a binding obligation because it reads that the parties could resort to arbitration or mediation to resolve the disputes and also provided for the recourse to national courts in some particular cases. On the other hand, the respondent sustained that although the agreement had an “empty arbitration clause”<sup>[3]</sup> that should be enforced before a State Court in accordance with Article 7 of the Brazilian Arbitration Law<sup>[4]</sup>, it was still binding to the contracting parties and State Courts did not have jurisdiction to hear the case.

After long debates by the Justices involving several issues of the dispute, the majority of the Court decided to uphold the validity of the arbitration clause.

The crux of the Court’s final decision laid on the analysis of whether under Brazilian law, the validity of an arbitration agreement would be jeopardized when the parties elect any other method for the resolution of conflicts in the relevant contract. Under this premise, the Court followed the interpretation given by the Court of Appeals of the State of Bahia to the wording of the arbitration agreement, confirming that the mere mention to both mediation and arbitration in the arbitration clause did not entail the invalidity of the parties’ agreement to arbitrate, as both forms of dispute resolution could harmonically coexist in an arbitration agreement. The Court further affirmed that the wording of the clause clearly expressed the parties’ preference for arbitration as a primary manner to resolve the majority of the potential conflicts, with the few exceptions mentioned in the agreement, which should be resolved by state courts.

The Court justified its conclusion that an arbitration agreement can be valid even if it makes reference to national courts, reminding that before the constitution of the arbitral tribunal, the parties can request a provisional or precautionary measure before judicial courts, without entailing the invalidity of the agreement to arbitrate. The Court therefore understood that the possibility of resorting to both

arbitration and to national courts, laid out in the arbitration agreement, does not compromise its binding nature.

The Court's understanding towards the validity of the arbitration agreement, although it give rise to misinterpretations and lacks important elements to initiate the arbitration - such as the arbitral institution, number of arbitrators, language and seat of the arbitration, etc. - is a strong demonstration of the consolidation of Brazilian jurisprudence supporting the parties' expression of their will to arbitrate.

Another important case was decided by the Brazilian Superior Court of Justice in December 2015, regarding the validity of foreign arbitral awards in Brazil<sup>[5]</sup>, when it was confronted, by the first time, with a request to recognize and enforce an arbitral award that had been set aside by the national courts of the jurisdiction in which it was issued. EDF International S/A requested the recognition and enforcement of a foreign arbitral award before the Court related to an arbitral proceeding with the seat in Argentina, against Endesa Lationoamérica S/A and YPF S/A, in which EDF had been awarded by the Arbitral Tribunal damages in the approximate amount of 100 million US Dollars.

YPF contested EDF's request on the grounds that the parties, EDF included, had challenged the validity of the award before the courts of Argentina and that said courts had already set aside the award at the time of the request for recognition and enforcement brought by EDF before the Brazilian courts. Further, YPF argued that EDF had already tried to recognize and enforce this same award before the courts of the United States and Chile, and that it had been unsuccessful in both opportunities. Endesa, on its turn, accused EDF of forum shopping in its attempt to enforce an arbitral award which had already been set aside in another jurisdiction.

The Court ultimately decided not to recognize and enforce the arbitral award in Brazil, taking into account that the decision of the Argentinian courts was already *res iudicata* at the time of the request for recognition and enforcement in Brazil.

The Court's reasoning considered the fact that the Panamá Convention<sup>[6]</sup>, the Brazilian Arbitration Law<sup>[7]</sup>, and the New York Convention<sup>[8]</sup>, listed, with very similar wording, amongst the reasons for denial of recognition and enforcement of a foreign arbitral award, the fact that said award was already set aside by the competent judicial authorities of the place where the decision was issued.

When interpreting Article V(1)(e) of the New York Convention, the Court also stated that the judicial decision which set aside the arbitral award did not need to be internalized in a separate proceeding to produce effects on the recognition and enforcement proceeding at hands.

The Court's decision to deny recognition and enforcement of the award set aside in Argentina, as well as the Court's reasoning for its decision, illustrates that Brazilian case law in this regard is aligned with international practices in the application and interpretation of the New York Convention.

Despite the fact that in this particular case the Superior Court of Justice denied recognition and enforcement of the award, the historical tendency of the Court is to recognize and enforce foreign arbitral awards. In fact, all 10 requests for recognition and enforcement of foreign arbitral awards brought before the Court between 2014 and March 2015 were granted.

Finally, it is worth noticing a recent decision rendered in November, 2015, shortly after the recent reforms in the Brazilian Arbitration Law, introduced by Law 13.129/2015<sup>[9]</sup>, by the Appellate Court of the State of São Paulo, dealing with the discussion about the competence to decide a precautionary action filed before the constitution of an arbitral tribunal<sup>[10]</sup>.

In this case, the first instance judge granted a precautionary measure imposing an obligation on the respondent party and fixing a fine for the non-compliance of such obligation, which was reviewed by arbitral tribunal, once constituted. Despite the review of the decision by the arbitral tribunal, the claimant sought to enforce the fine fixed by the judge against the respondent; such request was denied both by the Lower Court and by the Appellate Court.

The decision from the Appellate Court is one of the first decisions from Brazilian courts explicitly mentioning the alterations on the Brazilian Arbitration Law, which included new provisions dealing with

the requests for precautionary measures before the constitution of arbitral tribunals<sup>[11]</sup>, the tribunal's powers over the precautionary decisions previously rendered by state courts, and with the manner in which arbitrators can request state courts<sup>[12]</sup> to enforce their decisions made in the course of the arbitration<sup>[13]</sup>.

It is notable that the Appellate Court was categorical in setting the dividing line between the jurisdiction of state courts and that of arbitral tribunals as regards precautionary measures sought before the constitution of a given arbitral tribunal, which is precisely the moment the arbitral tribunal is constituted. In its decision, the court confirmed that the competence of the state court is precarious and exists only whilst the arbitral tribunal is unable to rule on precautionary requests. Once the arbitral tribunal is constituted, it becomes competent to review or to maintain any orders previously issued by the state court, which no longer have jurisdiction over the case.

The definition of the limits between the powers of state courts and of arbitral tribunals in precautionary matters was widely discussed before the alterations of the Brazilian Arbitration Law in 2015, due to the lack of any provision on this regard in the original wording of the law. The construction of the understanding that has been incorporated into the revised Law resulted from several different decisions that formed a very uneven jurisprudence and created uncertainty for parties and conflict between the jurisdiction of the courts and arbitral tribunals in some cases.

This judicial decision therefore reveals that, although some courts had already a consolidated understanding that their jurisdiction for precautionary measures does not subsist the constitution of the arbitral tribunal, the inclusion of an express provision in this regard in the Brazilian Arbitration Law was important to cease the discussions, thus bringing harmonization in the interpretation of the law.

The recent decisions from important courts in Brazil, as well the level of precision in the courts' analysis of some aspects of arbitration and the alignment of the outcome of said decisions with the most recent international practices suggest that the evolution of arbitration practice in Brazil in the last few years meets an important arbitration friendly approach by State Courts. This reality is encouraging to both Brazilian and foreign parties and its positive effects becomes clear with the significant growth of international arbitrations with seat in Brazil in recent years.

[Flávia Bittar Neves](#)

*Partner at Grebler Advogados  
Post-graduate degree from the Università Degli Studi di Milano  
President of the Brazilian Arbitration Committee*

[Filipe Greco De Marco Leite](#)

*Associate at Grebler Advogados  
Master of Law from the Federal University of Minas Gerais (ongoing)  
Member of the Brazilian Arbitration Committee*

[1] Kieppe Participações e Administração Ltda. v. Graal Participações Ltda. (Recurso Especial n. 1.221.100 - BA (2012/0100301-4)) Free translation from the original: “[...] as dúvidas ou divergências surgidas deste acordo de acionistas deverão ser resolvidas por mediação ou arbitragem, nos termos da lei; exceto quanto ao previsto na cláusula oitava.” Professor Carlos Alberto Carmona describes “empty clauses” as being “[...] clauses which limit themselves to affirming that any controversy arising from a particular contract will be solved via arbitration.”

[2] Free translation from the original: “[...] as dúvidas ou divergências surgidas deste acordo de acionistas deverão ser resolvidas por mediação ou arbitragem, nos termos da lei; exceto quanto ao previsto na cláusula oitava.”

[3] Professor Carlos Alberto Carmona describes “empty clauses” as being “[...] clauses which limit themselves to affirming that any controversy arising from a particular contract will be solved via arbitration.” Free translation from:: CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17.

[4] Article 7 - Where there is an arbitration clause but one of the parties shows resistance as to the commencement of arbitration, the interested party may request the court to summon the other party to appear in court so that the submission agreement (compromisso) may be signed; the judge shall

designate a special hearing for this purpose.

[5] EDF International S/A v. Endesa Latinoamérica S/A and YPF S/A (Sentença Estrangeira Contestada n. 5.782 - EX (2011/0129084-7)).

[6] Decree n. 1.902/1996.

[7] Law n. 9.307/1996.

[8] Decree n. 4.311/2002.

[9] That came into force in July 2015.

[10] All America Latina Logística S/A at all and Agrovía S/A (Apelação n. 9000017-20.2013.8.26.0100).

[11] Article 22-A - Before the constitution of the arbitral tribunal, the parties may recourse to State Courts for requesting precautionary or urgent measures.

[12] Article 22-B - Once the arbitration is instituted it will fall upon the arbitrators maintaining, modifying or ceasing the precautionary or urgent measure granted by State Courts.

[13] Article 22-C - The arbitrator or the arbitral tribunal may issue an arbitral letter so that the competent national court takes action or determine the taking of an action, within its jurisdiction, ordered by the arbitrator.



## ACTUALITÉS DE L'ARBITRAGE

### > Second International Women's Conference

ArbitralWomen and the Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb) will bring together practitioners and thought leaders, from various legal organisations and arbitration institutes from around the World for the Second International Women's Conference entitled «*Improving the role of women in dispute resolution: evolution or revolution?*» to held at UNESCO House in Paris on 16th March, 2016.

[Lire la suite](#)

### > Trophées du droit | Édition 2016

Monsieur Noël MÉLIN, Secrétaire Général de l'AFA, sera intervenant dans le panel arbitrage international lors de la conférence de la cérémonie des Trophées du droit 2016 le **31 mars prochain**. Organisés par LEADERS LEAGUE, les Trophées du droit visent à honorer les meilleurs praticiens et acteurs du marché juridique.

[Lire la suite](#)

### > Conférence AFA - IEAM



L'Association Française d'Arbitrage (AFA) et l'Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation (IEAM) organise le **12 avril 2016** à la Grande Crypte à Paris une conférence sur le thème « **Les partenariats de la nouvelle économie après la réforme des contrats** ». Sous la direction scientifique du Professeur Jean-Philippe DOM, avocats, professeurs, dirigeants et directeurs juridiques des entreprises échangeront sur la prévention des nouveaux risques et la mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des litiges, créatrice de valeur.

[Lire la suite](#)

## > Colloque CNUDCI

La Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) organise le **12 avril 2016** à l' **Université Panthéon-Assas Paris II** un colloque sur le thème : « **Quelle contribution à l'essor du droit du commerce international ?** »

[Lire la suite](#)

## > Wake up (With) Arbitration !

Le prochain petit déjeuner "Wake up (With) Arbitration!" aura lieu le **19 mai 2016** et aura pour thème « **La confidentialité de l'arbitrage survivra-t-elle à la tyrannie de la transparence ?** », avec Marine Lallemand, Avocat et Sigvard Jarvin, Avocat.

[Lire la suite](#)

## > Conférence annuelle de l'Association Française d'Arbitrage



Notre manifestation annuelle aura lieu le **mardi 20 septembre 2016** à la **Maison du Barreau à Paris**. Monsieur **Matthieu de BOISSÉSON**, Avocat associé, tiendra à 18 heures la conférence sur le thème « **Le Conseil dans l'arbitrage** ».

Précédée de l'Assemblée générale de l'AFA, elle sera suivie d'un cocktail dans les Salons de la Maison du Barreau.

# A L'INTERNATIONAL

## > 4th Annual GAR Live Brazil

Global Arbitration Review present a premier one day conference, to be held at **São Paulo on the 17th March 2016**, in association with CAM/CCBC, Centro de Arbitragem e Mediação / Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Sessions at the conference will include:

- What are the challenges and particularities of arbitrations involving states and state-owned entities?
- Private vs public disputes - a view from inside
- The boom in anti-corruption investigations and the effect on arbitration
- So-called guerrilla tactics and their use in international arbitration

[Lire la suite](#)

## > Rencontres Internationales du Droit des Affaires en Afrique

Le cabinet Lazareff Le Bars en partenariat avec le Mouvement des Entreprises du Sénégal - MEDS vous invite à la 4e édition des Rencontres Internationales du Droit des Affaires en Afrique - RIDAA le **jeudi 31**

mars 2016 à Dakar.

Les Rencontres Internationales des Affaires en Afrique - ou RIDAA - sont organisées chaque année pour permettre aux professionnels et experts des affaires en Afrique d'échanger, de partager sur les bonnes pratiques des affaires comme du droit et de réfléchir aux solutions permettant de développer durablement le continent.

[Lire la suite](#)

### > [Conference on international investment arbitration involving arab states](#)

The conference "**International Investment Arbitration involving Arab and Islamic states: Issues & Challenges**" is organized by the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) and the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration(CRCICA) and will take place in Cairo on **31 March 2016**.

[Lire la suite](#)

### > [Conference on Arbitration and European Law](#)

The interaction and relationship of EU law and international commercial arbitration has had growing interest over the years. In this course, this conference, organized by the AIA, Association for International Arbitration, on **7 april 2016 in Brussel**, will consider the key changes in the Brussels Regulation (recast) for commercial parties, the consequences and interpretation of the arbitration exceptions and the relationship between EU state aid and investment protection under bilateral investment treaties.

[Lire la suite](#)

### > [Journées d'étude méditerranéennes à Istanbul](#)

Organisées sous la direction scientifique des Professeurs Filali OSMAN et Cemil YILDIRIM, en l'honneur du Professeur Ali BENCHENEB, ces journées d'étude qui auront lieu à **Istanbul les 8 et 9 avril 2016** auront pour thème « **Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau** ».

[Lire la suite](#)

### > [Après-midi d'étude CEPANI40 & BVBR-ABDC](#)

L'Association Belge du Droit de la Construction organise le **21 avril 2016 à Bruxelles** en collaboration avec le CEPANI une après-midi d'étude sur le thème : « **Aperçu critique de la résolution de disputes dans le cadre de contrats de construction** ».

[Lire la suite](#)

### > [Joint colloquium CEPANI and NAI](#)

On **9 June 2016** a colloquium, organised by CEPANI and the NAI, Netherlands Arbitration Institute, will be held in **Brussel**. The subject will be «**Opening the black box of conflicts of interest**». The colloquium will be in English.

[Lire la suite](#)

# ACTUALITES DE LA MEDIATION

## > Formation à la médiation de consommation

L'IEAM, Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation, organise les **30 et 31 mars 2016 à Paris** une formation à la médiation de consommation : Droit de la consommation, Pratique des litiges internes et transfrontaliers de consommation, Spécificités de la médiation consommation.

[Lire la suite](#)

## > Formation à la médiation sur 8 journées

La prochaine session de la formation à la médiation de l' I.E.A.M. de 2016 aura lieu à **Paris** aux dates suivantes : **5 et 6 avril, 10 et 11 mai, 25 et 26 mai et 7 et 8 juin 2016**. Cette formation qui allie pratique et théorie sera animée par Sylvie ADJES, ancien avocat | formatrice de la médiation et Dominique DOLLOIS, avocat | médiateur avec la participation de Gilles DUVERGER-NEDELLEC, médiateur.

[Lire la suite](#)

## > 22e Forum mondial des Centres de médiation

Organisé par l'UIA, Union International des Avocats, du **21 au 24 avril 2016 à Luxembourg**, le Forum mondial de Centres de médiation intéresse les médiateurs professionnels, les chefs d'entreprises et les juges eux-mêmes. Il est réunit les principaux centres du monde entier.

[Lire la suite](#)

## > CDRC Vienna - Mediation and Negotiation Competition

**Mediation and Negotiation** skills will be core competencies of the next generation of managers and lawyers. The Consensual Dispute Resolution Competition (CDRC) Vienna is a platform to build skills, experience and brilliance in this field and to exchange, learn and grow with the stars of the world of Consensual Dispute Resolution. The 2nd edition of CDRC Vienna will take place from **28 June to 2 July 2016**.

[Lire la suite](#)

# INFORMATIONS

## Retour sur les 2èmes Rencontres de l'Arbitrage et du Contentieux

Le groupe Option Finance organisait le 4 février dernier à Paris, la 2ème édition des « **Rencontres de l'Arbitrage et du Contentieux** », un événement, rassemblant, autour des dirigeants et directeurs juridiques des entreprises, tous les acteurs de l'arbitrage, de la médiation et du contentieux.

L'Association Française d'Arbitrage, partenaire de cet évènement, y était représentée par Monsieur Noël MÉLIN, Arbitre | Médiateur, Secrétaire Général de l'AFA. Il est intervenu sur le thème « Arbitrage : comment concilier transparence et confidentialité ? ».

Le dossier spécial de ces rencontres est consultable sur le site d'Option Finance.

[Lire la suite](#)

## SITE DE L'AFA | Actualités Arbitrage - Les dernières news

Sur l'invitation du Professeur Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, **Pedro ARCOVERDE**, Conseiller adjoint | Cour internationale d'arbitrage de la CCI, avocat au barreau du Brésil et admis à l'examen du barreau de Paris, **Alexandre SENEGACNIK**, doctorant à l'École de Droit de Sciences Po, et **Ezequiel VETULLI**, vous informerons de l'actualité doctrinale, légale et jurisprudentielle, ainsi qu'évènementielle, en matière d'arbitrage.

Retrouvez toutes leurs news sur notre site.

[Lire la suite](#)

## LES RENDEZ-VOUS DE L'AFA

### Formation à Tunis

La session de formation en matière d'arbitrage international, initialement prévue en novembre 2015, co-organisée avec la Section Régionale des Avocats de Tunis aura lieu les 1er et 2 avril 2016 à Tunis. Monsieur le Président Bertrand MOREAU, Madame Geneviève AUGENDRE et Messieurs Noël MÉLIN et Ali ZARROUCK développeront le cas pratique d'une procédure.



[Lire la suite](#)

## LE CAS PRATIQUE DE L'AFA



L'AFA organise une **nouvelle session de formation approfondie à l'arbitrage**, les 14 et 15 avril 2016 à la Maison du Barreau à Paris. Deux journées au cours desquelles la simulation d'un arbitrage international est organisée afin de découvrir tous les outils essentiels pour le mener à bien.

Limitée à 15 participants - avocats, experts, juristes, chefs d'entreprise, magistrats, professeurs ou toute autre profession : arbitres, conseils ou parties à l'arbitrage - Cette session est validée 16 heures au titre de la formation continue.

[Lire la suite](#)

## LES «AFTER WORK» DE L'AFA

### Formation « cross-examination »

L'audition de témoins en général est un exercice auquel les praticiens civilistes de l'arbitrage sont rarement préparés et formés. Or, dans le cadre d'une procédure d'arbitrage, cet exercice délicat est essentiel.

L'AFA propose donc, le **1er juin 2016 à la Maison du Barreau à Paris**, une formation « **Cross-examination of witnesses : quand la common law s'invite chez les civilistes** ».

**Marie Danis** (August & Debouzy) et **Caroline Duclercq** (Altana), animeront cette formation aux côtés de **Domitille Baizeau** (Lalive) et **Peter Rosher** (Pinsent Masons), avocats au barreau d'Angleterre et du Pays de Galles. Ces derniers partageront leur expérience de la *cross-examination* tant comme conseil que comme arbitre notamment dans des arbitrages de « common law ».

## JURISPRUDENCE

### ● Cour de cassation, Chambre commerciale | 2 février 2016, 14-23921

« *La sentence arbitrale n'est opposable aux tiers qu'eu égard au litige qu'elle tranche.* »

Il n'y a aucune raison pour que la sentence arbitrale soit traitée différemment d'un jugement de l'ordre judiciaire, et c'est la même constatation qui avait conduit la Cour de Cassation à déclarer recevable la tierce-opposition formée par une caution à l'encontre de la sentence rendue entre le débiteur principal et le créancier ([Cass.com. 5 mai 2015 n° 14-16644](#)).

### ● Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> Chambre civile | 27 janvier 2016, 15-12363

Dans une procédure de la CCI, la clôture des débats avait été prononcée et postérieurement à celle-ci l'arbitre désigné par la société défenderesse a complété sa déclaration d'indépendance en raison d'une évolution possible de sa situation qui risquait de faire naître un conflit d'intérêts. La société demanderesse a alors demandé, à raison de cette révélation, la démission de cet arbitre, démission que celui-ci a aussitôt présentée.

Saisie de cette demande de démission, mais aussi du projet de sentence qui avait été établi par le tribunal arbitral, la Cour d'arbitrage de la CCI a demandé aux parties de lui faire part de leurs observations ou commentaires sur cette démission dans le délai qu'elle impartissait. La société demanderesse n'en a rien fait, et la Cour d'arbitrage ayant accepté la démission de l'arbitre, la sentence a été rendue par les seuls deux autres.

Le recours en annulation de la sentence formé par la partie demanderesse a été rejeté au motif qu'en s'abstenant de présenter ses observations dans le délai qui lui était imparti elle avait renoncé à se prévaloir du moyen tiré de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral.

Il s'agit certes d'une situation exceptionnelle mais elle permet de souligner d'une part la permanence de l'obligation de révélation pendant toute la procédure, même après la clôture des débats et donc jusqu'au prononcé de la sentence, et d'autre part la force obligatoire du règlement d'arbitrage dont les dispositions s'imposent aux parties sous peine de ne pouvoir se prévaloir d'une éventuelle irrégularité procédurale, ce qui a déjà fait l'objet de nombreuses décisions.

### ● Cour d'appel, Amiens | 7 janvier 2016 Jurisdata : 000437

« *Si l'effet relatif des contrats rend la convention d'arbitrage inopposable à la société qui n'y est pas partie et qui serait en droit de revendiquer la compétence de la juridiction étatique matériellement compétente, il échet de constater au cas d'espèce que cette société en revendique l'application à son*

*profit. Un tiers à un contrat qui y a intérêt, peut invoquer à son profit la situation créée par ce contrat comme constituant un fait juridique. »*

C'est par cette motivation que la cour d'appel d'Amiens a renvoyé les parties devant la juridiction arbitrale prévue par la clause compromissoire, faisant droit à l'exception d'incompétence qu'avait soulevée à son égard l'une des parties à son contrat.

Cette décision, rendue dans le cadre d'un litige entre des compagnies d'assurances qui impliquait un assuré, suscitera à n'en pas douter des commentaires acerbes au regard de la nature contractuelle de l'arbitrage dont il résulte que le consentement de toutes les parties est nécessaire à la validité et à l'exécution de la convention d'arbitrage, ce qui interdit l'intervention volontaire ou l'intervention forcée d'un tiers lorsqu'elle n'est pas acceptée par toutes les parties.

Cependant on sait que l'extension de la clause compromissoire à des parties qui ne l'ont pas signée est aujourd'hui considérée comme possible que si ce « tiers » a participé à l'exécution du contrat contenant la clause compromissoire (Cass. 1<sup>ère</sup>; civ. 27 mars 2007 n°04-20842 ; 26 octobre 2011 n°10-17708).

De même, lorsque les conditions en sont remplies, la stipulation pour autrui peut permettre l'invocation par le bénéficiaire de la clause compromissoire (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 11 juillet 2006 n°03-11983).

Mais en l'espèce rien de tel, et seul « l'intérêt » du tiers au contrat justifie la décision de la Cour.

Il est vrai qu'il est indiscutable que pour une meilleure administration du différend il est parfois souhaitable qu'une procédure unique réunisse toutes les parties intéressées au litige. C'est la raison pour laquelle l'AFA a d'ailleurs complété son règlement applicable au 1<sup>er</sup> janvier 2016 par un article 4 intitulé « Jonction de procédures arbitrales », mais encore faut-il que la volonté d'aller à l'arbitrage soit certaine pour toutes les parties, ce que l'arrêt retient en l'espèce en indiquant que le tiers revendiquait l'application à son profit de la clause compromissoire, sans tenir compte cependant de l'opposition manifestée par l'un des signataires de la clause compromissoire.

La solution n'est donc pas choquante dans son résultat, mais sa formulation est inadaptée au droit de l'arbitrage, sauf à provoquer une évolution.

*Par Monsieur Bertrand MOREAU  
Président de l'AFA*