

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO**

LISBOA

DIREITO COMUNITÁRIO

Dr. A. MATTERA

Chef de la Division
«Mesures de sauvegarde;
élimination des obstacles non tarifaires (art. 30 et svts du traité CEE)»
à la Commission des Communautés Européennes
Professeur au Collège d'Europe — Bruges

LA LIBRE CIRCULATION
DES MARCHANDISES A L'INTERIEUR
DE LA COMMUNAUTE EUROPEENNE

SOMMAIRE

1ÈRE PARTIE

1. La libre circulation des marchandises : notion et instruments

2. Les règles relatives à la suppression des obstacles aux échanges

- a) Les règles des art. 12 et suivants du Traité CEE
- b) Les règles des art. 30 et suivants du Traité CEE
- c) Les règles de l'art. 37 du Traité CEE
- d) Les règles des articles 90, 92 et 95/CEE

3. Les règles relatives à l'harmonisation et à l'uniformisation des législations

- * La nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation
- * Harmonisation agro-alimentaire
- * Réglementation douanière

4. Les règles de «prévention»

2ÈME PARTIE

Les art. 30 à 36/CEE et les catégories générales de «mesures d'effet équivalent»

1. La notion de «mesure d'effet équivalent»

- 2. La jurisprudence «Cassis de Dijon» et les réglementations commerciales**
- 3. Les «formalités à l'importation ou à l'exportation» et les certificats d'origine**
- 4. Les contrôles aux frontières et les doubles contrôles**
- 5. Les restrictions appliquées par les Etats membres lors de la passation des marchés publics de fournitures**
- 6. Les réglementations nationales en matière de prix marges de commercialisation et déclarations de hausse de prix**
- 7. Délais insuffisants ou excessifs**
- 8. Sanctions disproportionnées**
- 9. Incitations à acheter national**
- 10. Réserve aux seuls produits nationaux de dénominations ne constituant ni des appellations d'origine ni des indications de provenance**
- 11. Marquage d'origine des produits**
- 12. Obligation d'utiliser la langue nationale**
- 13. Importations parallèles**
- 14. Conditions liées à l'octroi d'une aide**
- 15. Restrictions en matière de paiement et de crédit**
- 16. Conditions techniques ou professionnelles requises de la personne de l'importateur**

3^{ÈME} PARTIE

Dérogations à la libre circulation des marchandises et clauses de sauvegarde

- a) Article 36 du Traité CEE
- b) Articles 223 et 224 du Traité CEE
- c) Clauses de sauvegarde dans le domaine monétaire (art. 108 et 109/CEE)
- d) Clauses de sauvegarde dans le secteur commercial (art. 115/CEE)
- e) Clauses de sauvegarde dans le secteur économique

4^{ÈME} PARTIE

Moyens de recours offerts aux opérateurs économiques

- a) La procédure ex art. 177/CEE
- b) La procédure ex art. 169/CEE. Plainte à déposer auprès de la Commission des Communautés Européennes

1^{ÈRE} PARTIE

1. LA LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES : NOTION ET INSTRUMENTS

La libre circulation des marchandises est l'objectif premier et fondamental du marché commun. Il suffit de parcourir sommairement le Traité pour se rendre compte de la place prépondérante que celui-ci réserve à la liberté des échanges, objectif inhérent à la quasi-totalité des règles communautaires. En effet, les règles concernant la création d'une union douanière, les capitaux, la politique agricole commune, la politique des transports, la concurrence, la fiscalité, la politique commerciale, la politique économique et financière, etc., visent toutes, directement ou indirectement, la liberté des échanges des produits à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté.

Aux termes des art. 9 à 37 du Traité de Rome, la réalisation de la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté comporte l'interdiction des droits de douane et des taxes d'effet équivalent entre les Etats membres, l'adoption d'un tarif à dournier commun dans leurs relations avec les pays tiers, l'interdiction de toute restriction quantitative et mesure d'effet équivalent et l'aménagement des monopoles nationaux.

Prise cependant dans son acception la plus large et courante, la libre circulation des marchandises vise un ensemble de règles, applicables aux Etats membres, qui ont pour objet la fusion des marchés nationaux en un marché unique ayant les caractéristiques d'un marché interne.

Ces règles peuvent être classés en trois catégories:

- a) Les règles visant la suppression des mesures nationales qui ont pour objet ou pour effet d'entraver les échanges intracommunautaires;
- b) Les règles qui fixent des conditions communes ou uniformes au niveau communautaire relatives la commercialisation des produits à l'intérieur de la Communauté;
- c) Les règles imposant aux Etats membres des obligations au stade de l'élaboration de tout projet de réglementation commerciale ou de norme technique.

Trois instruments sont prévus par le droit communautaire pour réaliser une libre circulation des marchandises complète et effective:

- a) *un instrument de suppression* des obstacles aux échanges (discriminations, moyens de protection, entraves tarifaires et non tarifaires, etc.),
- b) *un instrument de création de structures réglementaires communes* qui se substituent aux structures réglementaires nationales divergentes entre elles et qui ont de ce fait une incidence sur le bon fonctionnement du marché commun,
- c) *un instrument de prévention*: la notification à la Commission de tout projet de réglementation commerciale et de norme technique élaboré par les Etats membres. La Commission examine ces initiatives nationales, décèle les éventuelles entraves qu'elles contiennent et suggère les correctifs ou les solutions nécessaires.

2. LES REGLES RELATIVES A LA SUPPRESSION DES OBSTACLES AUX ECHANGES

Cette catégorie de règles vise les dispositions du Traité CEE qui prescrivent *l'interdiction des mesures, actes ou comportements pouvant affecter les échanges.*

Si l'on prend la notion de «*liberté des échanges*» dans son sens le plus large, on constate que ces règles ont comme destinataires:

- non seulement les *Etats membres* (notion prise dans le sens de «*pouvoirs publics*»),
- mais également les *entreprises privées* (les règles des art. 85 et 86 prescrivent l'interdiction des décisions et pratiques concertées des entreprises, susceptibles d'affecter le commerce ou qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence; sont également interdits les abus de position dominante dans la mesure où ils affectent les échanges),
- ainsi que, ce «*tertium genus*» entre le secteur public et le secteur privé, les *entreprises publiques*, auxquelles l'art. 90 étend les obligations applicables à la fois aux Etats et aux entreprises privées.

La notion plus précise et délimitée de «*libre circulation des marchandises*» ne vise cependant que les règles applicables *aux Etats membres*.

Les règles de suppression des obstacles à la libre circulation des marchandises qui méritent d'être tout particulièrement signalées sont les suivantes:

a) Les règles des art. 12 et suivants du Traité CEE

Les dispositions des articles 12 et suivants du Traité CEE interdisent dans les échanges intracommunautaires les droits de douane et taxes d'effet équivalent.

- * *Les droits de douane* sont des charges pécuniaires frappant les produits importés lors de leur dédouanement, qui se manifestent normalement soit sous forme de droits spécifiques (basés par exemple sur la capacité, le poids ou les mesures des produits), soit sous forme de droits ad valorem (basés sur la valeur en douane des marchandises). Il s'agit d'un instrument de protectionnisme classique dont la suppression à l'intérieur de la Communauté pour les six Etats membres fondateurs est intervenue dès 1968.

* *Les taxes d'effet équivalant à des droits de douane* ont été définies par la Cour comme étant toute charge pécuniaire, fût-elle minime, unilatéralement imposée, quelle que soit son appellation ou sa technique, qui frappe les marchandises nationales ou étrangères en raison du franchissement de la frontière, lorsqu'elle n'est pas un droit de douane proprement dit... alors même qu'elle n'est pas perçue au profit de l'Etat et qu'elle n'exerce aucun effet discriminatoire ou protecteur...

Cette notion n'englobe cependant pas les impositions au sens des articles 95 et suivants et en particulier les impositions qui frappent de la même manière, à l'intérieur d'un Etat, les produits similaires ou comparables ou qui ont pour but de compenser de telles impositions intérieures. En outre, ne sont pas considérées comme «taxes d'effet équivalent» les charges qui constituent la contrepartie de services effectivement rendus et dont le montant est proportionnel à l'avantage procuré par ces services aux produits en cause.

b) Les art. 30 et suivants du Traité CEE

Ces articles interdisent dans les échanges intracommunautaires toute restriction quantitative et mesure d'effet équivalent.

* *Les restrictions quantitatives*: expression synonyme de «contingents», visant les limitations quantitatives (interdictions totales ou partielles) des importations ou des exportations. Il s'agit de l'instrument de protectionnisme par excellence, expression de conceptions économiques autarciques qui appartiennent au passé.

* *Les mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives*: notion qui recouvre une multiplicité de formes d'intervention de l'Etat ayant pour effet d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, les échanges intracommunautaires. Il s'agit d'une notion complexe et d'une très large portée. Elle recouvre en quelque sorte le reliquat du protectionnisme indirect des Etats dans le domaine de la liberté des échanges intracommunautaires. Compte tenu de l'importance du sujet, nous traiterons des ca-

ractères distinctifs de cette notion, à travers la doctrine de la Commission et la jurisprudence de la Cour, dans la deuxième partie de cet article.

c) Les règles de l'art. 37 du Traité CEE

Cet article impose aux Etats membres d'aménager progressivement les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle sorte qu' à l'expiration de la période de transition, soit assurée dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des Etats membres.

Les monopoles constituent un instrument classique d'Administration publique, ou confèrent à certains organismes publics ou privés des droits exclusifs afférant à la production, à l'importation, à l'exportation ou à la commercialisation de certains produits.

Dans son arrêt du 3 février 1975 (affaire 59/75), la Cour a précisé les critères d'interprétation de cet article:

- l'art. 37, § 1 du Traité CEE doit être interprété en ce sens qu'à dater du 31 décembre 1969, tout monopole national à caractère commercial devait avoir été aménagé de façon à faire disparaître le droit d'importation exclusif à l'égard des autres Etats membres;
- à l'expiration de la période de transition, l'art. 37, § 1 est susceptible d'être invoqué par les ressortissants des Etats membres devant les juridictions internes.

En affirmant que l'art. 37 § 1 exige la suppression des monopoles nationaux pour ce qui est de l'importation des produits d'autres Etats membres, la Cour a pris position sur la question de savoir si l'obligation imposée par l'art. 37, § 1, d'aménager les monopoles nationaux à caractère commercial de façon à assurer l'exclusion totale de toute discrimination entre ressortissants des Etats membres, permettait auxdits Etats de maintenir en vie les monopoles d'importation tout en veillant à ce que leur comportement ne soit pas discriminatoire, ou exigeait au contraire la suppression pure et simple de ces monopoles à

l'égard des importations d'autres Etats membres. C'était là une question qui avait depuis longtemps divisé la doctrine.

Par l'arrêt précité, la Cour a précisé que c'est le droit exclusif d'importation lui-même qui «représente (...) à l'égard des exportateurs communautaires, une discrimination prohibée par l'art. 37, § 1^{er}».

Cette interdiction doit être étendue «par analogie» aux droits exclusifs à l'exportation ainsi qu'aux droits exclusifs de commercialisation en gros.

En ce qui concerne le monopole de vente au détail, la Cour a précisé que «l'art. 37/CEE n'exige pas l'abolition totale des monopoles nationaux présentant un caractère commercial, mais prescrit leur aménagement de façon que soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toutes discriminations entre les ressortissants des Etats membres», ainsi que le respect des règles fondamentales de «la libre circulation des marchandises dans l'ensemble du marché commun, en particulier par l'abolition des restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent». (voir notamment l'arrêt du 7 juin 1983 dans l'affaire 78/82).

d) Règles des articles 90, 92 et 95/CEE

Pour être complet, nous devons mentionner trois autres «règles de suppression» fondamentales qui, tout en n'étant pas insérées dans les règles du Titre I du Traité CEE concernant la libre circulation des marchandises, visent cependant la suppression d'obstacles aux échanges découlant d'interventions étatiques. Il s'agit des règles suivantes:

— Art. 90/CEE

En vertu du par. 1 de cet article «Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent Traité, notamment à celles prévues aux articles 7 et 85 à 94 inclus.»

En vertu de ces dispositions, les Etats membres ne peuvent donc adopter ni maintenir à l'égard d'entreprises publiques, entre autres, des mesures qui seraient contraires aux règles sur la libre circulation des marchandises.

— *Art. 92/CEE*

Les dispositions de cet article prescrivent l'incompatibilité avec le marché commun, sauf dérogations prévues par le Traité et dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, «des aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat, sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions».

Sont considérées comme des aides: les subventions à fonds perdus, les prêts à conditions particulièrement favorables et les bonifications d'intérêt, les exonérations d'impôt et de taxes, les garanties que les pouvoirs publics accordent pour des crédits que les entreprises privées contractent avec des établissements de financement ou sur le marché des capitaux, etc.

— *Art. 95/CEE*

L'art. 95 prescrit l'interdiction d'impositions intérieures qui frappent les produits importés plus lourdement que les produits nationaux similaires ou qui sont de nature à protéger indirectement d'autres productions.

3. LES REGLES RELATIVES A L'HARMONISATION ET A L'UNIFORMISATION DES LEGISLATIONS

Pour assurer une libre circulation complète, large et effective des produits, il ne suffit cependant pas d'éliminer tout l'arsenal protectionniste des obstacles aux échanges qui viennent d'être évoqués, car il existe des difficultés et des entraves au commerce qui ne peuvent pas être qualifiées de «restrictions» ou de «discriminations» incompatibles avec les règles précitées.

En outre, en l'absence d'une réglementation commune, il appartient aux Etats membres de fixer le niveau auquel ils entendent assurer la sauvegarde d'intérêts essentiels tels que la protection de la santé ou la vie des personnes, la défense et l'amélioration de l'environnement, l'ordre, la moralité publique, etc.

Nous nous référons en particulier à toutes ces réglementations nationales qui, tout en pouvant constituer un obstacle aux échanges, sont cependant «justifiées», au sens des critères très stricts énoncés par la Cour, par des rai-

sons énumérées à l'art. 36 ou par des «exigences impératives» au sens de la «Jurisprudence Cassis de Dijon» qui sera exposée plus loin.

Ces obstacles, dans la mesure où ils ont une incidence sur le bon fonctionnement du marché commun, devraient être éliminés sur la base de l'*art. 100 du Traité CEE*.

Cet article dispose: «Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun.

L'Assemblée et le Comité économique et social sont consultés sur les directives dont l'exécution comporterait, dans un ou plusieurs Etats membres, une modification de dispositions législatives.»

Le «rapprochement des législations» constitue un instrument sans doute «idéal» sur le plan des principes surtout s'il est utilisé là où des problèmes importants existent et là où des intérêts économiques prééminents sont en cause.

Le grand désavantage de cet instrument est dû au fait que la Commission ne peut que présenter des propositions et qu'il appartient au Conseil, c'est-à-dire aux «Etats membres», de décider. Si l'on ajoute à cela que le vote à l'unanimité est requis même si le Parlement Européen s'est prononcé à l'unanimité sur une proposition, les raisons de l'échec de cet instrument dans de très nombreux cas apparaissent évidentes.

Dans le passé, cet instrument a cependant connu un succès certain et un nombre important de directives a été adopté.

- * *Le nombre de directives arrêtées jusqu' à présent par le Conseil pour éliminer les entraves techniques aux échanges s'élève à environ 230. Une soixantaine de ces directives concernent les véhicules à moteur et comportent notamment l'harmonisation de critères techniques relatifs aux «composantes» des véhicules, allant des spécifications en matière de remorquage au rétroviseur. Parmi les autres secteurs importants, on peut citer: les instruments de mesurage, les appareils électriques, les produits dangereux, etc.*

De nombreuses propositions de la Commission sont actuellement devant le Conseil.

* ***La nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation***

Consciente que cet instrument, tel qu'il est utilisé jusqu'à présent, ne constituait plus un moyen adapté aux exigences de la libre circulation des produits, la Commission a proposé au Conseil, dans une Communication du 31.1.1985, une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique que celui-ci a approuvée à deux reprises (16 juillet 1984 et 7 mars 1985).

Dans sa première déclaration du 16 juillet 1984, le Conseil a fixé les principes fondamentaux de la nouvelle approche à suivre.

Ces principes, basés sur le constat du Conseil que

«Les objectifs poursuivis par les Etats membres pour la protection de la sécurité et de la santé de leurs citoyens et également la protection des consommateurs sont en principe équivalents même si les moyens techniques pour leur mise en oeuvre diffèrent»

sont les suivants:

- *engagement des Etats membres à procéder de manière permanente à l'examen des règles techniques applicables sur leur territoire de jure ou de facto, afin que soient éliminées celles qui sont dépassées ou superflues;*
- *engagement des Etats membres à assurer la reconnaissance réciproque des résultats des essais, et établissement, lorsque nécessaire, de règles harmonisées en ce qui concerne le fonctionnement des organismes de certification;*
- *pratique, en matière d'harmonisation technique, du renvoi à des normes par priorité européennes et si nécessaire nationales, pour définir les caractéristiques techniques des produits, dans la mesure ou les conditions nécessaires à cet effet, notamment en matière de protection de la santé et de la sécurité, sont réunies;*

— *renforcement très rapide de la capacité de normalisation*, au niveau européen par priorité, en vue de faciliter d'une part l'harmonisation législative communautaire et d'autre part le développement industriel notamment dans les nouvelles technologies, ceci pouvant impliquer dans des circonstances particulières la création de nouvelles procédures par la Communauté pour améliorer l'élaboration des normes (par exemple bureaux de normalisation, comités ad hoc). L'adoption de normes européennes serait soumise à l'approbation d'organismes européens de normalisation.

Dans sa *déclaration du 7 mars 1985 le Conseil a souligné «l'importance et l'opportunité de la nouvelle approche* consistant à renvoyer à des normes en priorité européennes et si nécessaire nationales pour définir les caractéristiques techniques des produits», et a invité la Commission à lui faire des propositions appropriées dans les meilleurs délais.

* ***Harmonisation agro-alimentaire***

Les réalisations acquises dans ce secteur sont importantes; parmi elles figurent environ une centaine de directives.

* ***Réglementation douanière***

Dans le domaine de la législation douanière proprement dit, toute une série de dispositions communautaires a été adoptée, dispositions sans lesquelles la libre circulation des biens aurait pu donner lieu à de graves distorsions de concurrence et à des détournements de trafic.

C'est le cas, par exemple, de la réglementation en matière de *détermination de la valeur en douane* pour la fixation de la valeur des marchandises, aux fins de l'imposition des droits et taxes, sur la base de critères économiques et objectifs, de manière à éliminer autant que possible les appréciations discrétionnaires des autorités douanières.

Le règlement CEE n. 1224/80, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1980, a fixé comme principale méthode d'évaluation celle de la «*valeur de transaction*». Selon cette méthode, la valeur en douane des marchandises est constituée par leur «*valeur de transaction*», à savoir par le prix effectivement payé ou à payer. L'autorité douanière devra, de ce fait, se

limiter à vérifier la régularité du document commercial (par exemple la facture).

Il en est de même des «*dispositions en matière d'origine*» qui permettent de définir de façon assez objective l'origine des marchandises, pour que leur soit réservé le traitement approprié.

Nous rappellerons tout spécialement les dispositions de l'art. 5 du *règlement 802/68 du Conseil* qui fixent les conditions dans lesquelles une marchandise est originaire d'un pays donné. Ces dispositions permettent de déterminer les conditions dans lesquelles une marchandise composée de matières premières, pièces détachées, composants impôtés de pays tiers, peut être considérée comme étant originaire de l'Etat membre sur le territoire duquel elle a été transformée. L'art. 5 de ce règlement dispose: «une marchandise dans la production de laquelle sont intervenus deux ou plusieurs pays, est originaire du pays où a eu lieu la dernière transformation ou ouvraison substantielle, économiquement justifiée, effectuée dans une entreprise équipée à cet effet et ayant abouti à la fabrication d'un produit nouveau ou représentant un stade de fabrication important.»

Nous devons également souligner l'importance des dispositions qui régissent le «*trafic de perfectionnement*» des produits, c'est-à-dire des dispositions qui déterminent les conditions dans lesquelles peuvent entrer en franchise dans la Communauté les produits ayant subi un processus d'élaboration et de transformation, soit dans la Communauté en vue d'être réexportés (*TPA*), soit dans un pays tiers (*TPP*).

Une réglementation communautaire d'importance fondamentale est celle relative au «*transit communautaire*». Elle permet aux marchandises qui traversent les pays de la Communauté, vers une destination finale, de transiter sans formalités avec un document unique.

A ce régime qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1970, se sont associés (en 1974) l'Autriche et la Suisse, pays à travers lesquels les produits doivent souvent nécessairement transiter.

Dans ce même but de simplification et suppression des formalités et barrières douanières, ont été prises au niveau communautaire des dispositions prévoyant des *franchises fiscales pour les marchandises transportées dans les bagages des voyageurs*.

De même, une franchise fiscale est appliquée aux «*petits envois postaux* de caractère commercial».

Enfin, en 1988, un *document unique* remplacera les nombreux documents nationaux actuellement exigés pour le dédouanement des marchandises et simplifiera ainsi les opérations de passage des frontières.

4. LES REGLES DE «PREVENTION»

La Communauté s'est dotée, depuis le *1^{er} avril 1984*, d'un moyen de prévention qui aura sans nul doute, dans les années à venir, un impact considérable pour la sauvegarde de l'acquis et la lutte contre les tendances néo-protectionnistes.

Nous nous référons à la *directive du Conseil 83/189/CEE du 28 mars 1983* qui instaure une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques concernant les produits de fabrication industrielle.

Cette directive impose aux Etats membres l'obligation de notifier tout nouveau projet de réglementation ou norme technique à la Commission. Celle-ci notifiera à son tour ce projet aux autres Etats membres qui pourront exprimer leur avis.

Après examen du projet, la Commission peut inviter l'Etat membre à modifier celui-ci, s'il n'est pas conforme au droit communautaire (l'Etat membre doit alors reporter son adoption de six mois), ou à surseoir de 12 mois à son application, si elle manifeste son intention de proposer une directive communautaire en la matière.

Cette directive, par la transparence effective qu'elle assure, (chaque Etat membre reçoit pour observations le texte du projet notifié) constitue:

- un moyen de découragement de toute tentative protectionniste;
- un instrument efficace de prévention des nouvelles entraves, qui seront détectées et supprimées dès leur apparition. En effet, nous savons que lorsqu'une réglementation est au stade de projet, il est plus aisé d'amener l'Etat membre en cause à prendre les correctifs nécessaires.

2^{ÈME} PARTIE

LES ART. 30 A 36/CEE ET LES CATEGORIES GENERALES DE «MESURES D'EFFET EQUIVALENT»

1. LA NOTION DE «MESURE D'EFFET ÉQUIVALENT»

a) Les résultats obtenus en matière de libéralisation des échanges sont, sans conteste, considérables.

Les Etats membres, cependant, après avoir abandonné leurs instruments de protection classiques — droits de douane, contingents, monopoles, etc. — se retranchent souvent derrière une deuxième ligne défensive en ayant recours à des mesures de protection plus occultes et sophistiquées.

Ces interventions relèvent d'un arsenal de mesures dissimulées dans les réglementations les plus disparates. A l'observateur profane, elles apparaissent le plus souvent sous le couvert d'un voile pudique de légitimité: elles relèvent de ce qu'on appelle les «compétences réservées» des Etats et rentrent dans le cadre des «politiques intérieures» de tous ordres, menées par les pouvoirs publics nationaux; elles sont applicables, dans la quasi-totalité des cas, aussi bien aux produits nationaux qu'importés et elles ne comportent, en apparence, aucun élément discriminatoire ou protecteur.

D'autre part, l'objectif qu'elles visent à atteindre est toujours des plus louables: la protection de la vie et de la santé des personnes, la protection du consommateur, la défense et l'amélioration de l'environnement, la lutte contre l'inflation, la loyauté des transactions commerciales, l'assainissement des finances publiques, etc.

Ces nouvelles formes du protectionnisme sont visées par les articles 30 à 36 du Traité CEE et rentrent dans la notion de «mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives» à l'importation (art. 30) ou à l'exportation (art. 34).

- b) Le Traité ne définit pas la notion de «mesure d'effet équivalent». Il se borne à prescrire l'interdiction de toute mesure ayant des «effets équivalents» à ceux des restrictions quantitatives. Et il n'aurait pu en être autrement si l'on considère que cette notion est susceptible de couvrir les situations les plus disparates et imprévisibles, si bien que tout essai de définition, sur la base par exemple de la «nature» ou du «contenu» de la mesure, de son «objectif» ou de sa «portée», n'aurait pu avoir d'autre conséquence que celle d'en restreindre considérablement son étendue et son efficacité.

La seule condition exigée par le Traité pour que l'interdiction des art. 30 à 36 soit applicable est l'existence d'«effets restrictifs» équivalent à ceux des restrictions quantitatives. Tout autre élément distinctif est, selon le cas, insuffisant, superfétatoire et, en tout état de cause, sans valeur juridique aux fins de l'application de cette interdiction.

Il en est ainsi du critère de «discrimination» ou de celui de «protection», critères nullement exigés pour l'application des règles précitées; insuffisants dans la mesure où ils ne couvrent pas toutes les hypothèses de «mesures d'effet équivalent», superfétatoires dans certains cas puisque la vérification de leur existence s'ajouterait inutilement à celle des «effets restrictifs» dont l'appréciation constitue en tout état de cause la «conditio sine qua non» pour l'application de l'interdiction prescrite par les art. 30 à 36 du Traité.

De même, les multiples considérations techniques, économiques, sociales, régionales ou politiques qui sont souvent à la base de l'adoption de mesures de ce genre ne revêtent aucune valeur juridique aux fins de l'application des règles précitées du Traité.

La Commission a défini la notion de «mesure d'effet équivalent» comme étant «toute mesure susceptible de faire obstacle à des importations ou à des exportations qui pourraient avoir lieu en son absence» et a explicité sa doctrine en la matière dans de nombreuses réponses à des questions du Parlement Européen, dans des «communications», ainsi que dans ses directives fondées

sur l'art. 33, par. 7/CEE (voir notamment les directives 70/32/CEE et 70/50/CEE publiées dans le JOCE L/13 du 19.1.1970).

La Cour a pour sa part donné sa première définition de la notion de «mesure d'effet équivalent» dans son arrêt 8/74 (Dassonville) du 11 juillet 1974, dans lequel elle a déclaré que «toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives.»

Il résulte de ce qui précède que deux conditions doivent être remplies pour qu'un obstacle aux échanges puisse être qualifié de «mesure d'effet équivalent»:

- *Existence d'une «mesure étatique».* Pour que l'on puisse considérer la première condition comme remplie, il suffit que l'action ou l'inaction dans laquelle l'obstacle aux échanges considéré trouve sa source soit imputable à l'Etat, expression qu'il convient d'interpréter dans son sens le plus large: à savoir l'ensemble des organismes qui constituent le pouvoir législatif, administratif (ou exécutif) et judiciaire ainsi que cette multitude d'autres entités, communément appelées organismes publics, lesquels tout en ayant une existence juridique propre, sont rattachés à l'Etat par des liens si étroits qu'ils doivent eux aussi être considérés comme faisant partie de son organisation.

En ce qui concerne la «nature» et la «forme» de l'acte en cause, il convient d'observer que le Traité n'emploie pas, pour ce qui est des obstacles dont il s'agit, le terme habituel de «dispositions législatives, réglementaires et administratives» mais celui de «mesures» («mesures» d'effet équivalent...) terme qui, grâce à son acception vague et illimitée, permet de réfuter toute argumentation visant à démontrer qu'une quelconque décision ou un quelconque comportement pourrait être considéré comme non visé.

Ce terme recouvre: les dispositions législatives, réglementaires et administratives; les pratiques administratives (définies par la Commission comme «tout comportement d'une autorité publique, régulièrement et uniformément suivi»); les pressions et les incitations de l'administra-

tion publique visant à empêcher, freiner ou déconseiller le choix des produits provenant d'autres Etats membres ou à favoriser le choix de produits nationaux.

Il résulte de ce qui vient d'être exposé qu'en vertu des art. 30 à 36 du Traité CEE, les Etats membres ont l'obligation de ne pas adopter ni maintenir des actes ou des comportements susceptibles d'entraver la libre circulation des marchandises.

Ils peuvent manquer à cette obligation aussi bien lorsqu'ils interviennent par un «acte positif» que lorsqu'il s'abstiennent d'intervenir. Dans les deux cas les effets sur la libre circulation des marchandises peuvent être les mêmes, si bien qu'une distinction entre ces deux formes d'intervention serait dépourvue de fondement juridique aux fins de l'application de l'interdiction des «mesures d'effet équivalent».

Il convient dès lors de considérer que le terme «mesures» visé par les art. 30 à 36/CEE, couvre également toute «inaction» et «carence» de la part des Autorités publiques dans la mise en oeuvre des moyens dont elles disposent pour que la libre circulation des marchandises ne soit pas entravée;

- «*Effets restrictifs*» équivalant à ceux d'une restriction quantitative. Une mesure qui remplit les conditions précitées doit comporter des effets restrictifs équivalant à ceux des restrictions quantitatives pour pouvoir être considérée comme «mesure d'effet équivalent.»

«L'effet» des restrictions quantitatives est de faire obstacle, en tout ou en partie, à la réalisation d'importations ou d'exportations qui auraient pu s'effectuer en l'absence de ces restrictions.

De plus, une «mesure» est interdite par les art. 30 et suivants du Traité CEE dès lors qu'elle est «susceptible» de faire obstacle à des importations ou à des exportations. La preuve que les échanges ont été réellement entravés n'est dès lors nullement exigée. Il suffit que ladite mesure soit potentiellement susceptible d'entraver ces échanges.

Une mesure peut avoir des «*effets restrictifs*» sur les échanges, équivalant à ceux de restrictions quantitatives *dans trois cas bien précis*:

- lorsqu'elle impose aux seuls produits importés des conditions susceptibles de rendre certaines importations ou exportations impossibles, difficiles ou onéreuses;
- lorsqu'elle impose, selon la provenance des produits, des conditions «différentes» susceptibles de rendre impossibles, plus difficiles ou plus onéreuses certaines importations, par rapport à l'écoulement des marchandises d'origine nationale ou par rapport à d'autres courants d'importations;
- lorsque, tout en étant applicable indistinctement aussi bien aux produits nationaux qu'aux produits des autres Etats membres, une mesure comporte des effets restrictifs qui dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce (art. 3 de la directive 70/50/CEE).

Cette troisième catégorie «d'effets restrictifs» sera exposée dans le chapitre consacré aux «réglementations commerciales».

2. LA JURISPRUDENCE «CASSIS DE DIJON» ET LES REGLEMENTATIONS COMMERCIALES

La jurisprudence «Cassis de Dijon» (un ensemble d'arrêts qui ont confirmé et explicité le premier arrêt mieux connu sous la désignation de «Cassis de Dijon») constitue l'instrument le plus approprié pour s'attaquer à ces nouvelles formes du protectionnisme économique, qu'elles soient anciennes ou récentes, qui souvent, sous prétexte de protéger le consommateur ou la santé publique, visent à décourager ou freiner l'importation ou la vente d'un produit importé, ou à protéger une production nationale.

L'essentiel de l'arrêt «Cassis de Dijon» est constitué d'un principe et d'une exception:

a) Le principe: tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un Etat membre doit être, en principe admis sur le territoire de tout autre Etat membre.

Doivent être considérés comme «produits légalement fabriqués et commercialisés», les produits conformes à la législation d'un Etat membre ainsi que les produits conformes à des procédés de fabrication traditionnels, loyaux et constants d'un Etat membre.

Ce principe constitue sans doute le passage clé de l'arrêt. Pris en soi et isolé du contexte général, il amènerait à des conclusions aussi «révolutionnaires» que «hâtives».

C'est en effet un principe trop large s'il n'est pas «limité» par l'exception qui l'accompagne, et trop étroit si l'on ne le situe pas dans le contexte qui lui est propre. En effet, s'il est vrai qu'un Etat membre ne saurait s'opposer, sauf exception, à l'accès sur son territoire de produits légalement fabriqués et commercialisés dans un autre Etat membre, cela ne signifie sûrement pas que si un produit n'est pas fabriqué selon la réglementation du pays producteur, l'Etat membre de destination a le droit de le refuser.

Tel est le cas des produits conformes à la réglementation du pays d'exportation, qui doivent pouvoir être admis sur le territoire de ce pays même s'ils ne sont pas «légalement fabriqués» dans le pays d'origine au sens précisé plus haut.

La Cour a confirmé ce principe dans son arrêt «Vermouth» du 20.4.1983 (affaire 59/82).

b) La dérogation

Les Etats membres peuvent interdire sur leur territoire la vente de produits légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres Etats membres, dans la mesure où cette interdiction serait nécessaire pour satisfaire à une exigence impérative telle que, par exemple, la protection des consommateurs, etc.

Si le principe «tout produit légalement...» n'était pas limité par la dérogation qui le suit, cela reviendrait à nier aux Etats membres le pouvoir de légifé-

rer, même en l'absence de règles communautaires ou harmonisées, et alors même que des exigences impératives le justifieraient.

— *Les exigences impératives: notion et rapport avec l'art. 36/CEE*

Les exigences impératives susceptibles de justifier une interdiction de commercialisation sont celles indiquées par la Cour elle-même — protection des consommateurs, loyauté des transactions commerciales, efficacité des contrôles fiscaux (la liste n'est pas exhaustive) — ainsi que celles indiquées par la Commission dans sa directive 70/50/CEE, 10^{ème} considérant (les objectifs légitimes et dignes de protection qui «restent dans le cadre de la faculté, que le Traité laisse aux Etats membres, d'adopter des réglementations de commerce»)

Les «exigences impératives» ne constituent ni une «dérogação à l'art. 30» ni un «élargissement de l'art. 36», ni une «loi prétorienne», ni l'équivalent au niveau communautaire de la «rule of reason» de la jurisprudence américaine, ni une «question d'opportunité» mais un «critère de qualification» d'un obstacle aux échanges dans le cadre de l'art. 30/CEE.

L'art. 3 de la directive 70/50/CEE permet d'éclaircir cette problématique apparemment complexe. Cet article dispose: «Sont également visées par la présente directive les mesures régissant la commercialisation des produits, et portant notamment sur la forme, la dimension, le poids, la composition, la présentation, l'identification, le conditionnement, applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, dont les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce».

Il résulte de ces dispositions que pour pouvoir apprécier si les Etats membres restent dans le cadre des pouvoirs qui leur sont propres de réglementer le commerce par des mesures applicables de la même manière et sans différence aucune, en droit et en fait, aux produits nationaux et importés, il faut examiner si les mesures prises sont appropriées et non excessives par rapport à l'objectif légitime recherché. Tel n'est pas le cas, selon l'art. 3 de la directive 70/50/CEE précitée:

- «lorsque ces effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises sont hors de proportion par rapport au résultat recherché;

— lorsque le même objectif peut être atteint par un autre moyen qui entrave le moins les échanges».

Il découle de ce qui précède que l'appréciation de la justification d'une réglementation nationale, indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés, et des effets restrictifs qu'elle comporte, par rapport aux *objectifs légitimes et dignes de protection* (expression propre à la doctrine de la Commission antérieure à la «jurisprudence Cassis») ou aux *exigences impératives* (expression consacrée par la Cour) que cette réglementation vise à atteindre, permet de vérifier si celle-ci est contraire à l'article 30/CEE.

La justification d'une réglementation nationale sur base d'une exigence impérative constitue, dès lors, un critère de qualification d'une mesure au regard de l'article 30 et non pas une règle de dérogation telle que celle résultant de l'article 36/CEE.

En d'autres termes, les exigences impératives permettent de «filtrer», parmi les effets restrictifs découlant de toute réglementation commerciale, ceux qui sont propres et inhérents à une réglementation de l'espèce, et ceux qui sont «excessifs» par rapport à l'objectif recherché et, de ce fait, équivalant à ceux des restrictions quantitatives, ou interdits par l'article 30/CEE.

En conclusion, l'appréciation d'une réglementation sur la base des «exigences impératives» se situe dans le cadre de l'art. 30/CEE (et non pas de l'art. 36/CEE) et vise à déterminer si les «effets restrictifs» d'une réglementation nationale sont propres et inhérents à celle-ci et donc légitimes, ou bien s'ils sont excessifs par rapport à l'exigence poursuivie, et des lors, contraires à l'art. 30/CEE en tant qu'«effets restrictifs» équivalant à ceux des restrictions quantitatives.

La Cour a confirmé cette interprétation dans l'arrêt du 17.6.1981, affaire 113/80 («articles de bijouterie»).

— *Critères de justification d'une interdiction de vente*

L'interdiction de vendre un produit légalement fabriqué et commercialisé dans un autre Etat membre ne peut être acceptable au regard du droit communautaire que si elle est justifiée au sens des critères très stricts énoncés par la Cour.

En pratique, la Commission apprécie si une telle interdiction est justifiée ou non sur la base des critères suivants:

- *critère de causalité*: il doit y avoir une relation de cause à effet entre la mesure prise et l'objectif poursuivi;
- *critère de proportionnalité*: il faut que les effets restrictifs de la mesure ne soient pas disproportionnés par rapport à l'objectif recherché. C'est la mise en balance d'une part, des entraves qu'une mesure provoque d'autre part, du degré de protection de l'objectif qu'elle atteint;
- *critère de substitution*: c'est sans doute le critère le plus important. S'il existe une autre solution par laquelle l'Etat membre aurait pu atteindre le même objectif tout en entravant moins les échanges, la mesure n'est pas justifiée.
Aussi, les Etats membres doivent-ils avoir recours aux mesures qui apportent le moins de perturbations pour les échanges.

— *Charge de la preuve*

Le problème qui se pose est celui de savoir à qui incombe (au producteur, à l'importateur, à l'Etat membre, etc.) de prouver qu'un produit est, selon les cas, nocif ou inoffensif pour la santé publique.

La Cour y a répondu de façon claire dans les arrêts «Sandoz», affaire 174/82, du 14.7.83 et «Van Bennekom», affaire 227/82 du 30.11.83.

Si un Etat membre estime qu'un produit présente des risques de nocivité pour la santé, il lui incombe, s'il veut invoquer la règle dérogatoire de l'art. 36 en vue d'adopter une mesure restrictive au commerce intracommunautaire, «de vérifier, dans chaque cas d'espèce, que la mesure envisagée satisfait aux critères de cette règle»; autrement dit, que cette mesure répond à des objectifs légitimes, qu'elle constitue le moyen approprié et non excessif pour atteindre ces objectifs et qu'il n'existe pas d'autres moyens moins entravants pour le commerce intracommunautaire.

Dans l'arrêt «VAN BENNEKOM», la Cour a été encore plus explicite: «Il appartient aux autorités nationales de démontrer, dans chaque cas, que leur réglementation est nécessaire pour protéger effectivement les intérêts visés à l'article 36 du Traité et, notamment que la commercialisation du produit en question présente un risque sérieux pour la santé publique. (attendu n. 40).

— *Devoirs de l'importateur*

Quant à l'importateur concerné, il est tenu de fournir, à la demande des Autorités nationales et pour autant qu'elles n'en disposent pas elles-mêmes, les données en sa possession, utiles à l'appréciation des faits (arrêt «Sandoz»).

La Cour a en outre précisé dans l'arrêt «Sandoz» que «le droit communautaire fait obstacle à ce qu'une réglementation nationale subordonne l'autorisation de commercialiser à la preuve par l'importateur que le produit en question n'est pas nocif à la santé, sans préjudice de la faculté pour les autorités nationales de demander à l'importateur de présenter toutes les données en sa possession, utiles à l'appréciation des faits». (attendu n. 24).

— *Limites dans lesquelles les Etats membres peuvent invoquer la justification de la «santé publique»*

Une autre précision importante a été apportée par la Cour dans l'arrêt Sandoz en ce qui concerne les limites dans lesquelles les Etats membres peuvent invoquer la justification de la santé publique: «Si, compte tenu du stade actuel de l'harmonisation des législations nationales au niveau communautaire, une large marge d'appréciation doit être laissée aux Etats membres, ceux-ci doivent, pour respecter le principe de la proportionnalité, autoriser la commercialisation lorsque l'adjonction de vitamines à des denrées alimentaires répond à un besoin réel notamment d'ordre technologique ou alimentaire.» (attendu n. 18).

Autrement dit, lorsque l'adjonction d'un additif en soi non nocif (c'est le cas des additifs autorisés au niveau communautaire) répond à un besoin réel d'ordre technologique ou alimentaire, un Etat membre ne peut pas invoquer le respect de son «propre niveau national» lorsque les incertitudes dans les connaissances scientifiques ne permettent pas de définir un niveau commun acceptable.

— *Analyses et contrôles effectués dans l'Etat membre d'exportation*

Enfin, un autre arrêt, tout aussi important que l'arrêt «Cassis», est l'arrêt «*Biologische Producten*» du 17 décembre 1981 (dans l'affaire 272/80). Dans cet arrêt, la Cour a dit pour droit que les autorités de l'Etat importateur ne sont pas en droit d'exiger, sans nécessité, des analyses techniques ou chimiques ou des essais de laboratoire lorsque les mêmes analyses et essais ont déjà été effectués dans un autre Etat membre, et que leurs résultats sont à la disposition de ces autorités ou peuvent sur leur demande être mis à leur disposition.

Autrement dit, si un produit a déjà subi des essais, des contrôles ou des analyses dans l'Etat membre de production, l'Etat membre de destination ne peut pas exiger de nouveaux essais, contrôles ou analyses si les premiers offrent des garanties équivalentes à celles exigées dans l'Etat Membre de destination.

Une attestation certifiant le type de contrôle subi et ses résultats doit suffir.

3. LES «FORMALITES» A L'IMPORTATION OU A L'EXPORTATION ET LES CERTIFICATS D'ORIGINE

Cette catégorie de mesures comprend les «documents» exigés comme condition préalable ou concomitante à l'importation ou à l'exportation d'un produit, tels que *licences, visas, formulaires d'enregistrement, documents statistiques, certificats d'origine*, etc.

Il s'agit d'interventions ayant l'apparence de mesures parmi les plus inoffensives. L'expérience acquise, surtout lors de certaines situations de crises sectorielles (crise d'approvisionnement en produits pétroliers et pommes de terre; difficultés économiques dans le secteur de la chaussure ou des textiles, etc.) a montré cependant que les Etats membres ont tendance à y avoir recours comme instrument de frein des importations et de protection de secteurs économiques nationaux en difficulté, si bien que l'exigence de ces formalités s'est avérée dans la pratique comme ayant des conséquences très préjudiciables pour la liberté des échanges.

Qu'il suffise de constater en effet que ces formalités, alors même qu'elles seraient délivrées automatiquement, sans délais ni restrictions, ont des effets restrictifs sur les échanges puisqu'elles:

- constituent une source de retards (que l'on considère le seul fait qu'elles doivent être demandées aux autorités centrales et être envoyées après leur délivrance aux importateurs);
- comportent un «effet décourageant» (l'expérience a montré que l'exigence de ces documents a bien souvent pour but d'«identifier» l'importateur et de l'«inciter» par des manoeuvres occultes à ne pas réaliser telle ou telle autre importation);
- entraînent des frais (intervention d'une personne chargée de demander des licences, frais de courrier, etc.).

La Cour a sanctionné l'interdiction de ces formalités dans son arrêt du 15.12.1971 portant sur les affaires 51 à 54/71. Elle a déclaré dans cet arrêt:

«qu'en-dehors des exceptions prévues par le droit communautaire lui-même, les dispositions des articles 30 et 34 font obstacle à l'application, dans les rapports intracommunautaires, d'une législation nationale qui maintiendrait l'exigence, même purement formelle, de licences d'importation ou d'exportation ou tout autre procédé similaire.»

La Cour considère donc comme «incompatible» avec les articles 30 — pour ce qui a trait aux importations — et 34, par. 1 — pour ce qui a trait aux exportations — le maintien des licences et de tout «procédé similaire». Seuls peuvent être exigés les documents «justifiés» par exemple pour des raisons énoncées à l'article 36 ou 223 du Traité CEE, ou «autorisés» sur la base d'une disposition dérogatoire ou d'une clause de sauvegarde (articles 103, articles 107 et 108, 115 du Traité CEE ou article 130 de l'Acte d'adhésion de la Grèce, etc.).

Les certificats d'origine (documents exigés à l'importation et attestant l'origine du produit) sont à ranger parmi les formalités interdites au titre de l'article 30/CEE et non justifiées par l'article 36/CEE.

Ces certificats, en effet, quelles que soient leurs modalités de délivrance et les finalités qu'ils poursuivent, représentent de par l'exigence même de leur production, une formalité qui est susceptible de rendre plus difficile l'importation des produits qui y sont assujettis et qui est dès lors «apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, les échanges intracommunautaires».

Exigé tant pour des produits originaires de la Communauté que pour des produits originaires de pays tiers en libre pratique, le certificat d'origine représente une formalité incompatible avec les règles des articles 30 et suivants du Traité.

La Cour a suivi une telle interprétation dans ses arrêts «Donckerwolcke» du 15.12.1976, affaire 41/76, et «Cayrol» du 30.11.1977, affaire 52/77.

4. LES CONTROLES AUX FRONTIERES ET LES DOUBLES CONTROLES

Les contrôles aux frontières visent, en général, à atteindre des objectifs légitimes, tels que la perception des impositions fiscales (TVA, accises) ou la vérification de la conformité du produit importé aux règles nationales ou communautaires.

Dans certains cas cependant, ces «contrôles» s'avèrent excessifs et dès lors non justifiés par rapport à l'objectif recherché. Ils sont, de ce fait, contraires au droit communautaire.

Tel est notamment le cas:

- des *contrôles applicables aux seuls produits importés* alors que la même exigence n'est pas prévue pour la production nationale;
- des *contrôles applicables aux produits importés d'une manière plus rigoureuse* que ceux effectués pour la production nationale sans que

cela soit nécessaire pour assurer une protection équivalant à celle poursuivie sur le plan national par un ensemble d'autres mesures périodiques ou permanentes;

- tel est également le cas des *contrôles systématiques* ou des contrôles légitimes en eux-mêmes, mais dont les *modalités d'application dépasseraient la nécessité* du contrôle et seraient susceptibles, comme telles, de freiner ou de restreindre les échanges intracommunautaires.

La doctrine de la Commission et une jurisprudence particulièrement riche de la Cour ont clarifié et explicité les principes applicables en la matière.

Qu'il suffise de rappeler, pour la première, la directive 70/50/CEE (art. 2, littera r) et art. 3).

En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour, il convient de citer tout spécialement l'arrêt «United Foods» du 7 avril 1981 dans l'affaire 132/80, dans lequel la Cour a précisé que:

«En l'absence de règles communes ou harmonisées, les mesures de contrôle appliquées par les Etats membres ne sauraient être considérées, dans leur principe, comme une restriction prohibée par le Traité CEE.

Sont cependant à considérer comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives, en vertu des articles 30 et 36 du Traité, toutes modalités d'application dépassant les nécessités du contrôle et susceptibles, comme telles, de freiner ou de restreindre les échanges intracommunautaires».

Doubles contrôles

Des considérations spécifiques doivent être formulées en ce qui concerne la question des «doubles contrôles», c'est-à-dire des contrôles imposés à l'importation d'un produit alors que des contrôles analogues, similaires ou équivalents non pas dans leurs modalités spécifiques d'exécution mais quant aux objectifs à atteindre, ont été effectués par les autorités ou par des organismes officiels ou reconnus par l'Etat exportateur.

De tels contrôles sont à considérer, en principe, comme contraires à l'article 30/CEE.

A ce sujet, la Cour a notamment indiqué dans son arrêt précité «United Foods»:

«Quant à l'exigence d'un contrôle à l'importation de marchandises qui ont déjà fait l'objet d'un contrôle équivalent dans l'Etat d'expédition, il y a lieu de rappeler ce qui a été dit par la Cour dans son *arrêt du 8 novembre 1979 (Denkavit, 251/78, rec. 79 p. 3395)*, en ce sens qu'un double contrôle dans le pays exportateur et dans le pays importateur peut, selon les circonstances, dépasser ce que l'article 36 du Traité permet lorsque les besoins peuvent être satisfaits d'une manière aussi efficace par des mesures moins restrictives des échanges intracommunautaires».

En ce qui concerne l'obtention des attestations nécessaires, la Cour avait déjà eu l'occasion de souligner *le rôle actif que doivent jouer les administrations nationales et la collaboration entre elles à laquelle il convient d'avoir recours* afin de se procurer mutuellement les documents nécessaires de vérification (*arrêt «De Peijper» dans l'affaire 104/75*).

C'est cependant dans l'*arrêt «Biologische Producten»* du 17 décembre 1981 (dans l'affaire 272/80) que la Cour a donné un éclairage nouveau du problème.

Dans cet arrêt, la Cour a dit pour droit que les autorités de l'Etat importateur ne sont pas en droit d'exiger, sans nécessité, des analyses techniques ou chimiques ou des essais de laboratoire lorsque les mêmes analyses et essais ont déjà été effectués dans un autre Etat membre, et que leurs résultats sont à la disposition de ces Autorités et peuvent sur leur demande être mis à leur disposition».

Ces principes confirment ce que la Commission avait affirmé dans sa communication sur l'arrêt Cassis de Dijon publiée dans le J.O.C.E. n.º C/256 du 3.10.1980.

«L'application des principes dégagés par la Cour implique qu'un Etat ne saurait, en principe, interdire la vente sur son territoire d'un produit légalement fabriqué et commercialisé dans un autre Etat membre, même si ce produit est fabriqué selon des prescriptions techniques ou qualitatives différentes de celles imposées à ses propres produits. En effet, dans la mesure où le produit en question répond «de façon convenable et satisfaisante» à l'objectif légitime visé par sa réglementation (sécurité, protection du consommateur, environnement, etc.), l'Etat membre importateur ne saurait, pour justifier l'interdiction de vente sur son territoire, invoquer le fait que les moyens utilisés pour atteindre cet objectif sont différents de ceux imposés aux produits nationaux».

5. LES RESTRICTIONS APPLIQUEES PAR LES ETATS MEMBRES LORS DE LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS DE FOURNITURES

Cette catégorie de mesures vise l'ensemble des dispositions, pratiques et comportements par lesquels les autorités nationales, lors de la passation de contrats d'achat de fournitures destinées à l'administration de l'Etat, accordent des «*préférences*» ou des «*réservations*» à la production nationale, ou «*excluent*» des fournitures de produits importés.

D'une manière générale et positive, ces règles font obligation aux autorités publiques adjudicatrices de ne pas opérer leur choix sur la base de critères qui tiendraient compte de l'origine des produits ou de la nationalité des fournisseurs, mais de s'en tenir à des critères objectifs et économiques.

La Commission a indiqué dans sa *directive 70/32/CEE du 17.12.1969* les mesures qui, dans le secteur examiné, sont à considérer comme contraires à l'art. 30/CEE.

Il s'agit, en général, de dispositions et de pratiques qui prescrivent que la couverture d'un besoin déterminé de l'Etat ou de son administration doit être totalement ou partiellement satisfaite par la production nationale («*réservations*») ou qui accordent des avantages, assortis ou non de conditions, en faveur de cette même production lors de la passation de marchés publics («*préférences*»).

Quant aux «*exclusions*», il s'agit de discriminations, directes ou indirectes, formelles ou matérielles, opérées sur la base de l'origine des produits.

Il en est de même des spécifications ou normes techniques — imposées par exemple dans un cahier de charges — qui tout en étant indistinctement applicables aux produits nationaux et importés, sont cependant de nature à favoriser les fournitures indigènes. Les régimes préférentiels appellent quant à eux quelques considérations particulières.

Ces régimes, en réservant des débouchés ou en accordant des préférences aux seuls produits nationaux, font obstacle aux importations qui pourraient avoir lieu en leur absence ou rendent ces mêmes importations plus difficiles ou onéreuses que l'écoulement de la production nationale.

La qualification de tels régimes, en tant que mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives apparaît d'ailleurs manifeste si l'on considère que la doctrine a toujours unanimement retenu les «*réservations de débouchés*» en faveur de la production nationale — telles que «*l'incorporation obli-*

gatoire», à savoir l'obligation d'utiliser des produits nationaux dans des processus de transformation et d'incorporation (par exemple, l'obligation d'utiliser un pourcentage déterminé de blé national pour la fabrication du pain mis en vente sur le territoire national) — comme étant l'expression la plus typique du protectionnisme indirect des Etats.

6. LES REGLEMENTATIONS NATIONALES EN MATIERE DE PRIX, MARGES DE COMMERCIALISATION ET DECLARATIONS DE HAUSSE DES PRIX

Il s'agit de réglementations nationales qui *bloquent les prix* des produits commercialisés sur le marché national, qui fixent des *prix maxima ou minima* de vente de ces produits, qui limitent les *marges de commercialisation* etc.

Ces réglementations, dans la mesure où elles imposent des prix minima ou maxima, des marges de commercialisation ou tout autre élément de prix aux seuls produits importés ou exportés, constituent des mesures contraires aux dispositions des art. 30 ou 34 du Traité. Il en est de même des réglementations qui fixent ces prix ou marges d'une façon différente pour les produits nationaux, importés ou exportés, au détriment de ces dernières catégories.

Une réglementation sur les prix indistinctement applicable aux produits nationaux et importés tombe également sous le coup de l'interdiction des «mesures d'effet équivalent» lorsqu'elle rend impossible toute majoration du prix du produit importé correspondant aux frais et charges inhérents à l'importation de sorte que les importations sont rendues impossibles ou plus difficiles que l'écoulement des produits nationaux.

Une réglementation nationale de prix indistinctement applicable aux produits nationaux et importés est à qualifier d'incompatible avec l'article 30/CEE lorsqu'elle fixe les prix à un niveau tel que ne sont pas couverts les divers éléments constitutifs du coût d'un produit (tels que, par exemple, le coût des matières premières, les frais de transformation, le coût des matériaux, du conditionnement, les frais de recherche, de publicité, de transport, etc., les marges de commercialisation) ainsi que des frais et charges inhérents à l'im-

portation, si bien que les importations seraient rendues plus difficiles et notamment plus onéreuses que l'écoulement des produits nationaux similaires soumis au même régime.

La Cour a confirmé le bien-fondé de ces principes tracés par la Commission dans sa directive 70/50/CEE du 22.12.1969 (art. 2, par. 2, littera a), b), c), d), e), notamment dans ses arrêts en date du 26.2.1975 dans les affaires 65/75 et 88-90/75.

La Cour a notamment précisé:

«Que si un prix maximum indistinctement applicable aux produits nationaux et importés ne constitue pas en lui-même une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative, il peut cependant produire un tel effet lorsqu'il est fixé à un niveau tel que l'écoulement des produits importés devient, soit impossible, soit plus difficile que celui des produits nationaux; qu'un prix maximum, pour autant, en tout cas, qu'il s'applique à des produits importés, constitue donc une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative notamment lorsqu'il est fixé à un niveau tellement bas que — compte tenu de la situation générale des produits importés comparée à celle des produits nationaux — les opérateurs désirant importer le produit dont il s'agit dans l'Etat membre concerné ne pourraient le faire qu'à perte».

Ces principes sont applicables, mutatis mutandis aux «marges de commercialisation» et aux «déclarations de hausse de prix», régime en vertu duquel toute augmentation de prix des produits concernés est subordonnée à une demande de hausse à introduire auprès de l'Administration compétente et à une réponse favorable de celle-ci.

Quant aux régimes fixant des prix minima, ils constituent une violation des dispositions de l'article 30/CEE dans les mêmes conditions que celles indiquées ci-dessus en ce qui concerne les «prix maxima», c'est-à-dire, lorsqu'ils rendent les importations impossibles, plus difficiles ou onéreuses que l'écoulement de la production nationale.

Tel est le cas lorsque ces prix sont fixés à un niveau tel qu'il annule ou réduit artificiellement l'avantage concurrentiel que peut avoir un produit importé du fait de son coût de revient plus bas.

De nombreuses réglementations nationales, notamment dans le domaine des spécialités pharmaceutiques, ont été poursuivies par la Commission ou sont en cours d'instruction, sur la base de ces principes.

7. DELAIS INSUFFISANTS OU EXCESSIFS

Dans sa directive précitée 70/50/CEE, la Commission a rangé parmi les mesures contraires à l'article 30/CEE, les dispositions nationales «qui fixent pour les produits importés, des *délais excessifs ou insuffisants par rapport au déroulement normal des diverses opérations auxquelles s'appliquent ces délais.*»

En ce qui concerne la première hypothèse («*délais excessifs*»), il suffit de songer, par exemple; aux opérations de contrôle (aussi bien à la douane que sur le territoire national), aux analyses de laboratoire, aux essais et vérifications techniques, aux octrois d'autorisations ou d'attestations de tout genre, aux procédures d'agrément ou d'homologation, etc.

Pour ce qui est de la deuxième hypothèse («*délais insuffisants*») que l'on songe, par exemple; aux délais d'adaptation excessivement courts imposés par une réglementation nationale pour conformer les produits à de nouvelles exigences techniques ou qualitatives au respect desquelles est subordonnée la commercialisation des produits, aussi bien nationaux qu'importés, ou bien aux délais excessivement brefs exigés de certains importateurs ou soumissionnaires pour présenter les attestations ou la documentation requises par les Autorités de l'Etat membre importateur ou adjudicateur.

Il résulte de ce qui précède que les cas de violation de l'article 30 visés par la présente catégorie concernent des réglementations nationales considérées en elles-mêmes comme légitimes au regard du droit communautaire, alors que les délais prescrits pour se conformer aux nouvelles exigences s'avèrent excessifs ou insuffisants par rapport au déroulement normal des diverses opérations auxquelles ces délais se réfèrent, et sont de ce fait incompatibles avec les articles 30 et suivants du Traité CEE.

8. SANCTIONS DISPROPORTIONNEES

Les sanctions administratives ou pénales disproportionnées par rapport aux infractions commises à l'occasion de l'importation ou de l'exportation d'un produit peuvent constituer des mesures contraires aux articles 30 et 34/CEE.

C'est en ces termes que la Cour s'est exprimée dans son arrêt du 30.11.1977 dans l'affaire 52/77, «Cayrol»:

«Toute mesure administrative ou répressive dépassant le cadre de ce qui est strictement nécessaire à l'Etat membre d'importation, en vue d'obtenir des renseignements raisonnablement complets et exacts sur les mouvements de marchandises relevant de mesures particulières de politique commerciale, doit être considérée comme mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative prohibée par le Traité.»

La Cour a réaffirmé une telle interprétation dans son *arrêt du 11 novembre 1981, affaire 203/80*:

«En principe, la législation pénale et les règles de procédure pénale restent de la compétence des Etats membres. Cependant, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que, également dans ce domaine, le droit communautaire pose des limites en ce qui concerne les mesures de contrôle que ce droit permet aux Etats membres de maintenir dans le cadre de la libre circulation des marchandises et des personnes. Les mesures administratives ou répressives ne doivent pas dépasser le cadre de ce qui est strictement nécessaire, les modalités de contrôle ne doivent pas être conçues de manière à restreindre la liberté voulue par le Traité et il ne faut pas y rattacher une sanction si disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave à cette liberté.»

9. INCITATIONS A ACHETER NATIONAL

Il s'agit de *déclarations, instructions, pratiques de l'administration publique visant à empêcher, freiner ou déconseiller le choix de produits provenant d'autres Etats membres ou à favoriser le choix de produits nationaux.*

Même dans la mesure où ces incitations ne font pas l'objet d'actes contraignants et ne lient juridiquement pas leurs destinataires, on peut raisonnablement supposer que les sujets auxquels elles s'adressent sont portés à s'y conformer pour une série de raisons qui vont du respect ou de l'état de subordination, de la crainte de conséquences désagréables pour eux-mêmes ou pour leur carrière, à des raisons de civisme, de patriotisme, etc.

Les campagnes «achetez national» lancées sous formes de déclarations ou d'incitations et émanant non seulement d'associations privées mais aussi d'autorités publiques, constituent les expressions les plus patentes du néoprotectionnisme.

Dans sa directive 70/50/CEE, la Commission a rangé les «incitations» parmi les «mesures» au sens des art. 30 et suivants en les qualifiant comme étant «*tous actes émanant d'une autorité publique qui, sans lier juridiquement leurs destinataires, déterminent ceux-ci à tenir un certain comportement*».

Dans son arrêt «*Promotions de produits nationaux*» du 24 novembre 1982 dans l'affaire 249/81, la Cour a précisé que la campagne publicitaire en faveur de la vente et de l'achat de produits nationaux, introduite par un Gouvernement et exécutée avec son concours, a un effet comparable à celui résultant d'actes gouvernementaux à caractère obligatoire. En effet, «*une telle pratique n'échappe pas aux interdictions prévues par l'article 30 du Traité CEE du seul fait qu'elle n'est pas fondée sur des décisions ayant un effet obligatoire pour les entreprises. En effet, même des actes d'un Gouvernement d'un Etat membre dépourvus de force contraignante peuvent être de nature à influencer sur le comportement des commerçants et des consommateurs sur le territoire de cet Etat*».

10. RESERVATION AUX SEULS PRODUITS NATIONAUX DE DENOMINATIONS NE CONSTITUANT NI DES APPELLATIONS D'ORIGINE NI DES INDICATIONS DE PROVENANCE

Cette catégorie vise les *réglementations nationales réservant des indications géographiques, de qualité ou de fantaisie aux seuls produits nationaux.*

Les indications géographiques sur les produits sont susceptibles d'être appréciées au regard des articles 30 à 36 du Traité CEE, notamment dans un cas bien précis: lorsqu'une disposition étatique réserve aux seuls produits nationaux des indications géographiques ne constituant ni une appellation d'origine ni une indication de provenance.

Dans sa directive 70/50/CEE du 22.12.1969, la Commission a qualifié de «mesures d'effet équivalent» contraires à l'article 30/CEE, les dispositions en

vertu desquelles les Etats «réservent aux seuls produits nationaux des dénominations ne constituant pas des appellations d'origine ou des indications de provenance» (art. 2, par. 3, littera s).

Cette qualification s'appuie sur la considération suivante: en réservant aux seuls produits indigènes des indications nationales génériques, de composition ou de fantaisie, connues et appréciées par le consommateur, alors même que les produits importés répondraient aux conditions techniques et qualitatives requises, on accorde un avantage aux produits nationaux, dépréciant par là, dans l'opinion du consommateur, les produits importés. De telle manière, les importations sont rendues plus difficiles et onéreuses que l'écoulement de la production nationale.

Le fait qu'un produit ait été élaboré dans un Etat membre ne saurait justifier la réservation d'une dénomination particulière pour ce produit dès lors qu'une telle dénomination n'implique aucune indication quant à la région de production ou à la provenance des matières de base.

Cette thèse a été confirmée par la Cour de Justice dans plusieurs arrêts.

Ainsi, dans son *arrêt «Sekt» du 20.2.1975*, dans l'affaire 12/74, la Cour a affirmé:

«qu'en réservant ces dénominations («Sekt» et Weinbrand») à la production nationale et en astreignant les produits des autres Etats membres à des dénominations inconnues ou moins appréciées par les consommateurs, la législation vinicole (allemande) est de nature à favoriser l'écoulement sur le marché allemand de la production nationale au détriment des produits des autres Etats membres; que ladite législation vinicole comporte donc des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives...».

11. MARQUAGE D'ORIGINE DES PRODUITS

Cette catégorie de mesures englobe les *réglementations et pratiques* nationales qui subordonnent la commercialisation de certains produits à la condition que *la mention du pays où ils ont été fabriqués figure sur l'emballage ou sur le produit lui-même.*

L'obligation d'indiquer l'origine sur les produits, prescrite par une mesure de caractère étatique, est susceptible d'entraver les importations notamment dans les cas suivants:

- Lorsque c'est le marquage en soi et non l'origine du produit qui constitue l'obstacle à l'écoulement des produits importés. L'on songe, tout particulièrement, à la rédaction de l'estampille imposée, aux caractères et aux dimensions de son contenu, à la matière requise pour le marquage, etc.;
- Lorsque l'indication requise est susceptible de rendre impossibles, difficiles ou onéreuses, ou même de décourager des opérations de coopération ou d'échanges, des commandes et des livraisons de matières premières, de produits semi-finis ou de pièces détachées entre des entreprises ayant leur siège dans des Etats différents;
- Lorsque l'indication exigée est de nature à déprécier le produit importé.

Pour ce qui est de la protection du consommateur que les réglementations en cause viseraient à atteindre, aux dires des Autorités nationales concernées, la Cour a observé dans *son arrêt du 17 juin 1981 (affaire 113/80)* que *«l'intérêt des consommateurs et la loyauté des transactions commerciales seraient suffisamment sauvegardés, s'il était laissé aux fabricants nationaux la possibilité d'utiliser des moyens adéquats telle que l'apposition, à leur gré, de leur marque d'origine sur leurs propres produits ou leurs conditionnements.»*

Dans son récent arrêt 207/83 du 25 avril 1985, la Cour a confirmé et explicité les principes exposés:

«Force est de reconnaître que les indications ou le marquage d'origine visent à permettre aux consommateurs d'opérer une distinction entre les produits nationaux et les produits importés et leur donnent ainsi la possibilité de faire valoir leurs préjugés éventuels contre les produits étrangers. Il faut rappeler, ainsi que la Cour a eu l'occasion de le souligner dans des contextes divers, que le Traité vise, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres à la fusion

des marchés nationaux dans un marché unique ayant les caractéristiques d'un marché interne. A l'intérieur d'un tel marché, l'exigence du marquage d'origine rend non seulement plus difficile l'écoulement dans un Etat membre, de la production des Etats membres dans les secteurs considérés, elle a encore pour effet de freiner l'interpénétration économique dans le cadre de la Communauté en défavorisant la vente de marchandises produites grâce à une division du travail entre Etats membres». (Attendu 17).

«Les exigences relatives à l'indication d'origine des marchandises ne sont indistinctement applicables aux produits nationaux et importés que dans la forme, car elles visent, de par leur nature même, à permettre au consommateur de faire la distinction entre ces deux catégories de produits, ce qui peut ainsi l'inciter à donner sa préférence aux produits nationaux». (Attendu 20).

«Dans la mesure où l'origine nationale de la marchandise est évocatrice de certaines qualités aux yeux des consommateurs, les fabricants ont intérêt à l'indiquer eux-mêmes sur les produits ou les emballages, sans qu'il soit nécessaire de les y contraindre. Dans cette hypothèse, la protection des consommateurs est suffisamment assurée par les règles permettant de faire interdire l'emploi d'indications d'origine fausses, règles dont l'existence n'est pas mise en cause par le Traité CEE». (Attendu 21).

12. OBLIGATION D'UTILISER LA LANGUE NATIONALE

Cette obligation qui peut, en principe, être justifiée par des raisons de protection du consommateur lorsqu'il s'agit d'informer celui-ci, dans sa propre langue, quant à la nature, à la composition, à l'utilisation, etc. d'un produit, doit être considérée comme excessive par rapport à l'objectif visé et donc contraire à l'article 30, entre autres, lorsqu'elle impose cet emploi:

- pour des expressions largement tombées dans le langage public et des lors compréhensibles à la plus grande partie des consommateurs; tel est notamment le cas d'inscriptions figurant sur les produits de large diffusion ou de grande consommation;

— pour des expressions «faisant corps» avec la marchandise (que l'on songe par exemple, aux indications figurant sur le tableau de bord des voitures) et traduites en langue nationale dans le mode d'emploi ou dans les notices explicatives qui accompagnent le produit en cause.

Il résulte de ce qui précède que l'obligation d'emploi de la langue nationale ne saurait, en principe, être acceptée au regard du droit communautaire, que lorsque le bénéfice de la protection recherchée est limité à ceux qui méritent vraiment d'être protégés, à savoir les consommateurs finaux.

L'exigence de l'emploi de la langue nationale pour le stade de la vente en gros ou de la vente à des spécialistes, milieux qui maîtrisent communément les mentions en langues étrangères dans leur domaine spécifique, constitue en principe une condition excessive et non justifiée.

A ce stade intermédiaire de la commercialisation des marchandises importées, l'utilisation d'indications en langue étrangère doit donc être admise, tout comme elle doit être admise dans les relations avec les maisons-mères situées dans un autre Etat membre.

13. IMPORTATIONS PARALLELES

On qualifie d'importations parallèles *celles qui sont réalisées en dehors des circuits de distribution exclusive.*

Les opérateurs intéressés sont alors, en général, amenés à s'approvisionner auprès de grossistes soit du pays de production, soit d'autres Etats membres.

Les importations parallèles sont rendues plus difficiles lorsque des documents sont exigés à l'importation et que ces documents ne sont en fait aisément accessibles qu'aux importateurs exclusifs, ou en tout cas, lorsque des conditions impossibles ou difficiles à remplir sont imposées comme préalable à l'importation.

Dans l'affaire 8/74 (Dassonville), la Cour a dit pour droit que:

«L'exigence par un Etat membre d'un certificat d'authenticité plus difficilement accessible aux importateurs d'un produit authentique régulièrement en

libre pratique dans un autre Etat membre, qu'aux importateurs du même produit en provenance directe du pays d'origine, constitue une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative incompatible avec le Traité».

De même, l'arrêt de la Cour du 20 mai 1976, *dans l'affaire 104/75 (Centrafarm)* souligne clairement que les formalités auxquelles seuls certains opérateurs sont à même de satisfaire (production de documents relatifs aux produits) constituent une entrave aux échanges:

«Une réglementation ou pratique nationale qui conduit à canaliser les importations en ce sens que seuls certains opérateurs économiques peuvent y procéder, alors que d'autres s'en voient exclus, constitue une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative au sens de l'article 30 du Traité».

14. CONDITIONS LIEES A L'OCTROI D'UNE AIDE

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué ci-dessus, tout avantage accordé par l'Etat à certaines entreprises ou à certaines productions au moyen de ressources étatiques (que l'on songe aux subventions financières, aux exonérations fiscales et même à certains avantages «en nature») est à considérer comme une aide au sens des articles 92 et suivants du Traité CEE.

Les aides accordées par les Etats membres rentrent donc, en général, dans le champ d'application des articles 92 à 94/CEE. La Cour de Justice a cependant déclaré que *les conditions et les modalités d'une aide peuvent tomber sous le coup de l'article 30/CEE*.

Dans son *arrêt du 22 mars 1977 dans l'affaire 74/76 (Iannelli/Volpi/Meroni)*, la Cour a dit pour droit que:

«Les aides visées aux articles 92 et 93 du Traité ne relèvent pas, en tant que telles, du champ d'application de l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation et des mesures d'effet équivalent édictée par l'article 30, mais des modalités d'une aide non nécessaires à son objet ou à son fonctionnement qui contreviendraient à cette interdiction peuvent être, de ce chef, reconnues incompatibles avec cette disposition».

«La circonstance qu'une modalité d'une aide, non nécessaire à son objet ou à son fonctionnement, serait incompatible avec une disposition du Traité

autre que les articles 92 et 93 n'a pas pour effet de vicier l'aide dans son ensemble ni d'entacher, de ce chef, d'illégalité le système de financement de ladite aide».

Cette interprétation a confirmé le bien-fondé de la pratique constamment suivie par la Commission en la matière. De nombreuses dispositions nationales subordonnant l'octroi de crédit à la condition que les produits à acheter soient d'origine indigène ou qu'ils soient «montés» sur le territoire national (par exemple dans le secteur des véhicules à moteur et tracteurs agricoles), ont été poursuivies par la Commission en tant que violation de l'article 30/CEE.

15. RESTRICTIONS EN MATIERE DE PAIEMENT ET CREDIT

Cette catégorie englobe un éventail très large de dispositions qui, *imposant des conditions restrictives de paiement ou de crédit applicables aux seules importations (ou exportations) ou rendant ces dernières plus difficiles et notamment plus onéreuses que l'écoulement des produits nationaux*, tombent sous le coup des articles 30 à 36/CEE.

De même, sont à ranger dans cette catégorie les dispositions nationales qui interdiraient ou limiteraient l'octroi de crédit pour l'achat de produits importés ou qui subordonneraient cet octroi à des conditions plus difficiles ou onéreuses que celles exigées pour l'achat de produits nationaux.

Parmi les dispositions poursuivies par la Commission en tant que violations de l'article 30, nous citerons notamment:

- des dispositions qui imposaient des *délais de paiement* plus longs pour les produits importés que ceux fixés pour les produits nationaux;
- des dispositions qui subordonnaient *l'octroi du financement public à la condition* d'acheter des produits indigènes ou «montés» sur le marché national.

Nous citerons également le dépôt improductif d'intérêt égal à 50% de la valeur des marchandises imposé aux importateurs par le décret ministériel ita-

lien du 2.5.1974, et autorisé par la Commission par sa décision du 8.5.1974 prise au titre de l'article 108, par. 3 du Traité CEE (JOCE du 8.6.1974).

En ce qui concerne les restrictions pour le paiement des produits importés, la Cour a eu l'occasion de se prononcer à propos d'une réglementation italienne prévoyant une caution bancaire de 5% de la valeur de la marchandise importée. Dans son *arrêt du 9 juin 1982 dans l'affaire 95/81 (Commission/République italienne)*, la Cour a affirmé que:

«Cette législation atteint non seulement les opérations à but spéculatif, mais aussi des transactions commerciales usuelles et en conséquence, en rendant les importations plus difficiles ou plus onéreuses que les transactions internes, a des effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises.

Pour ces raisons, et pour autant qu'elles ont ces effets, les mesures litigieuses sont contraires à l'article 30».

16. CONDITIONS TECHNIQUES OU PROFESSIONNELLES REQUISES DE LA PERSONNE DE L'IMPORTATEUR

Il s'agit de dispositions et pratiques nationales qui subordonnent l'importation et la vente de certains produits à la condition que l'importateur réponde à certains *critères ou qualifications techniques ou professionnelles*, concernant par exemple, son *établissement sur le territoire de l'Etat membre importateur, les documents et attestations à produire, sa capacité juridique, sa capacité professionnelle, sa capacité financière et économique, sa capacité technique*.

L'exigence de ces critères ou qualifications constitue une violation des règles de l'article 30/CEE dans la mesure où les conditions prescrites ont pour effet de favoriser les opérateurs nationaux.

Il en est également ainsi lorsque les conditions prescrites sont plus difficiles à remplir par les importateurs que par les opérateurs nationaux ou bien lorsqu'elles sont susceptibles de favoriser certaines catégories d'importateurs par rapport à d'autres.

Obligation d'avoir répondant établi sur le territoire de l'Etat membre importateur

Des dispositions nationales qui subordonnent l'importation à la condition que l'entreprise productrice ou exportatrice ait un représentant établi sur le territoire de l'Etat importateur, constituent une mesure contraire à l'art. 30/CEE.

Un réglementation qui subordonne l'admission sur le marché national des produits importés à la condition d'avoir un représentant ou un répondant établi sur le territoire de l'Etat membre importateur a pour effet de rendre les importations plus difficiles, et notamment plus onéreuses, par rapport à l'écoulement des produits nationaux. Cette condition comporte, en effet — eu égard notamment aux frais et difficultés liés à l'établissement d'une personne morale ou physique sur le territoire national — une charge supplémentaire ne grevant que les seuls producteurs étrangers, cette condition étant automatiquement remplie par les producteurs nationaux.

La Commission a qualifié une telle obligation de mesure contraire à l'article 30/CEE dans sa directive précitée 70/50/CEE (voir art. 2, par. 2 g) et poursuivi un grand nombre de dispositions nationales, dans le domaine des médicaments, des véhicules à moteur, de certains produits alimentaires, des métaux précieux, de certains appareils, etc.

La Cour a récemment confirmé le bien-fondé de la doctrine de la Commission dans son arrêt «Produits phytopharmaceutiques» du 2 mars 1983, affaire 155/82, en affirmant:

«Chaque Etat membre est en droit de prendre, sur son territoire et spécialement dans une matière où l'objectif de l'harmonisation des mesures de contrôle sanitaire n'est pas encore réalisé, les dispositions appropriées en vue de garantir la protection de la santé publique. Toutefois, de telles mesures ne sont justifiées qu'à condition qu'il soit établi qu'elles sont nécessaires en vue d'assurer l'objectif de protection visé par l'article 36».

«Il apparaît que les objectifs visés par le Gouvernement belge peuvent être pleinement satisfaits par des mesures d'organisation appropriées au stade de l'instruction des dossiers et de la délivrance de l'agrément, sans rendre nécessaire l'établissement d'un représentant sur le territoire national».

«Les questions de responsabilité pénale n'ont un intérêt, du point de vue de l'objectif de l'article 36, que dans la mesure où la mise en oeuvre de dispo-

sitions répressives peut avoir un effet préventif. Il apparaît à cet égard que, du point de vue d'une prévention efficace, seules les formalités préalables de l'agrément ainsi que les contrôles accomplis à ce stade et, éventuellement, au moment de la mise des marchandises sur le marché, peuvent donner une sécurité adéquate à l'objectif de l'article 36 et que, même si des sanctions pénales sont de nature à exercer un effet de prévention des comportements qu'ils répriment, cet effet n'est ni assuré ni, en tout cas, renforcé à l'égard d'un fabricant d'un autre Etat membre bénéficiaire de l'agrément du seul fait de la présence sur le territoire national d'une personne ayant qualité pour représenter juridiquement ce fabricant».

«L'exigence de l'établissement d'un représentant sur le territoire national n'est pas de nature à donner, en vue de l'objectif de protection de la santé publique, des garanties additionnelles suffisantes pour justifier une exception à l'interdiction de l'article 30»;

«L'exigence formulée par la législation belge n'est pas justifiée au titre de l'article 36 et elle constitue, dès lors, une restriction au commerce intracommunautaire incompatible avec l'article 30 du Traité».

3^{ÈME} PARTIE

DEROGATIONS A LA LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES ET CLAUSES DE SAUVEGARDE

En vertu des obligations qui leur incombent, les Etats membres ne peuvent ni édicter ni maintenir des mesures contraires aux règles sur la libre circulation des marchandises sauf dans les cas expressément prévus par le Traité ou autorisés sur la base d'un acte communautaire.

Nous indiquerons brièvement ci-après les plus importants parmi ces cas.

a) Article 36 du Traité CEE

En vertu de cet article, peuvent être édictées ou maintenues des interdictions, des restrictions quantitatives ou des mesures d'effet équivalent à l'importation, à l'exportation ou au transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation de végétaux, de protection des trésors ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale.

Les dispositions de cet article étant des règles de caractère dérogatoire, elles doivent être interprétées de façon restrictive. Cela signifie notamment que les notions figurant dans cet article (ordre public, santé publique, etc...) doivent être interprétées dans leurs acception la plus stricte et limitée.

Outre ces conditions limitatives quant à l'objectif à atteindre, il y en a d'autres quant aux moyens à utiliser.

Pour qu'une interdiction ou restriction soit légitimée par l'article 36, il ne suffit pas qu'elle ait été «édictee» pour atteindre un des objectifs visés à cet article. Il faut qu'elle soit «justifiée» par une des raisons indiquées à cet article. Selon la doctrine constante de la Commission, confirmée par la Cour de Justice, tel est le cas lorsque les mesures prises par l'Etat membre, sont suffisantes et non excessives («critère de proportionnalité») par rapport au but visé («critère de causalité») et lorsqu'il n'existe pas d'autres moyens moins entravants pour les échanges pour atteindre ce même objectif («critère de substitution»).

b) Art. 223 et 224 du Traité CEE

Aux termes des art. 223 et 224 du Traité CEE, tout Etat membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre, ou qu'il est appelé à prendre en cas de troubles intérieurs graves affectant l'ordre public, en cas de guerre ou pour faire face aux engagements contractés en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale.

Il résulte de ce qui précède que le commerce des armes et du matériel de guerre visé par ces dispositions est réservé à la compétence nationale des Etats membres.

c) Clause de sauvegarde dans le domaine monétaire (art.108 et 109/CEE).

Ces articles permettent, dans certaines conditions, le recours à des dérogations aux règles sur la libre circulation des marchandises en cas de crise affectant gravement la balance des paiements d'un Etat membre.

d) Clause de sauvegarde dans le secteur commercial (art. 115/CEE)

Au titre de l'art. 115/CEE, la Commission peut autoriser l'Etat membre concerné à exclure un produit originaire d'un pays tiers et mis en

libre pratique dans un Etat membre, du bénéfice de la libre circulation si deux conditions sont remplies: lorsque en l'absence de politique commerciale commune, l'exécution des mesures de politique commerciale prises par un Etat membre en conformité avec le Traité peut être mise en échec par des détournements de trafic; lorsque des disparités dans les mesures de politique commerciale précitées entraînent des difficultés économiques dans un ou plusieurs Etats.

e) Clause de sauvegarde dans le secteur économique

Les art. 226/CEE et 135 de l'Acte d'adhésion du Royaume-Uni, du Danemark et de l'Irlande (ces deux articles ont à l'heure actuelle épuisé leur efficacité), et 130 de l'Acte d'adhésion de la Grèce, prévoient qu'en cas de difficultés graves ou menace de difficultés graves susceptibles de persister dans un secteur de la vie économique, la Commission autorise, sur demande de l'Etat intéressé, les mesures de sauvegarde qu'elle estime nécessaires et dont elle précise les conditions et modalités d'application. Ces mesures peuvent, certes, déroger aux règles du Traité, notamment à celles sur la libre circulation des marchandises, mais comme pour les autres clauses, de telles mesures doivent apporter le moins de perturbation au fonctionnement du marché commun, elles doivent être strictement nécessaires au but à atteindre et être limitées dans le temps.

Les mesures accordées doivent en outre permettre de rééquilibrer la situation et d'adapter le secteur concerné à l'économie du marché commun.

Aussi la Commission doit-elle exiger que l'Etat membre concerné mette en oeuvre, pendant la période des «restrictions» un plan d'adaptation, de restructuration ou d'assainissement du secteur concerné pour qu'il soit en mesure, après le répit, de mieux faire face à la concurrence communautaire.

Quant aux conditions requises pour son application, deux hypothèses sont prévues par l'art. 135:

a) existence de difficultés graves (baisse importante de la production nationale accompagnée d'un accroissement sensible des importations ou de fermetures d'entreprises et de licenciements; situation de surproduction, produits invendus et chute des prix, etc.) ou menace de difficultés graves (différences importantes et préjudiciables existant entre les prix des produits nationaux et importés du secteur concerné; déficiences structurelles graves; évolution des échanges particulièrement défavorable, etc.);

— difficultés qui soient susceptibles de persister;

— dans un secteur de l'activité économique. Aux termes de l'arrêt de la Cour 13/63 «la production d'une marchandise peut constituer un «secteur» dès lors que cette marchandise se distingue nettement d'autres produits apparentés». Ainsi, par exemple, la Commission a autorisé des mesures de sauvegarde dans les secteurs des «réfrigérateurs», des «chaussures en dessus de cuir», des «ficelles de sisal», etc.;

b) difficultés pouvant se traduire par l'altération grave d'une situation économique régionale (que l'on songe par exemple à des difficultés économiques d'un secteur pouvant entraîner des conséquences graves sur le plan régional ou local).

Une clause de sauvegarde comportant des dispositions analogues à celles des articles précités est prévue dans l'Acte d'adhésion de l'Espagne et du Portugal à la Communauté. (Art. 379 de l'Acte d'adhésion).

Aussi, cette clause revêt-elle une importance toute particulière pour ces deux Etats qui pourront, dans les conditions et selon les modalités prévues, demander à la Commission d'être autorisés à déroger aux règles du Traité et en particulier à celles sur la libre circulation des marchandises, en cas de difficultés économiques.

MOYENS DE RECOURS OFFERTS AUX OPERATEURS ECONOMIQUES

En cas de violation par les Etats membres des règles communautaires exposées dans la présente étude, les moyens de recours les plus importants offerts par le droit communautaire pour parvenir à leur condamnation et suppression, sont les suivants:

a) La procédure ex art. 177/CEE

L'article 177/CEE prévoit que, lorsqu'une question d'interprétation des dispositions communautaires est soulevée «devant une juridiction d'un de ces Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre ce jugement, demander à la Cour de Justice de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de Justice».

Ainsi, tout opérateur économique pourra saisir la juridiction nationale compétente lorsqu'il estime qu'un acte préjudiciable à ses intérêts ou à ses droits a été pris par l'autorité publique en violation des dispositions du Traité.

Il s'agit donc d'alléguer devant la juridiction nationale compétente «l'exception d'incompatibilité» de la disposition nationale incriminée avec les règles communautaires et d'amener ainsi la juridiction nationale à demander à la Cour de Justice de statuer à titre préjudiciel.

b) La procédure ex art. 169/CEE. Plainte à déposer auprès de la Commission des Communautés Européennes

En vertu de l'article 155 du Traité, la Commission a pour obligation de veiller à l'application des dispositions du Traité, ainsi que des dispositions prises par les institutions en vertu de celui-ci.

Si la Commission estime qu'un Etat membre a manqué aux obligations qui lui incombent — c'est-à-dire, dans le domaine considéré, aux

obligations qui découlent des règles communautaires relatives à la libre circulation des marchandises —, elle engage la procédure d'infraction prévue par les dispositions de l'article 169 du Traité CEE.

Après avoir recueilli les informations nécessaires pour procéder à une première appréciation de la situation et lorsqu'il se confirme qu'il y a violation du Traité, la Commission adresse au Gouvernement de l'Etat membre incriminé une «*lettre de mise en demeure*» par laquelle le Gouvernement est invité à présenter ses «observations» dans un délai déterminé (normalement un mois).

En cas de non-réponse ou de réponse insatisfaisante, la Commission adresse à l'Etat membre considéré un «*avis motivé*» au titre de l'article 169 du Traité et invite cet Etat à mettre fin à l'infraction en cause.

Si l'Etat membre ne se conforme pas à cet avis, dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de Justice.

Dans l'accomplissement des tâches que lui impose l'article 155 du Traité, la Commission peut agir de sa propre initiative ou sur plainte.

L'opérateur qui considère qu'un acte ou un comportement d'une autorité nationale est contraire aux dispositions du Traité, dans le sens susmentionné, pourra s'adresser directement à la Commission.

Aucune formalité ni procédure particulière n'est requise.

Il suffit d'exposer, de façon claire et complète, les faits qui sont à l'origine du préjudice incriminé en indiquant les éléments essentiels des actes considérés préjudiciables et en apportant éventuellement des preuves à l'appui.

A la demande de l'intéressé, la plus grande discrétion pourra être gardée lors de l'instruction de l'affaire et l'identité du requérant pourra être omise tant dans la correspondance échangée avec l'Etat en cause que, le cas échéant, dans la procédure précontentieuse ultérieure.

Après avoir éventuellement obtenu des suppléments d'information, dont certains auprès du requérant lui-même, la Commission engagera, s'il y a lieu, la procédure d'infraction décrite plus haut. Une telle procédure n'empêche évidemment pas le recours à la juridiction nationale compétente. Au contraire, l'expérience montre que l'on obtient des résultats meilleurs et dans des délais plus brefs en saisissant simultanément les deux instances.

A. MATTERA

BIBLIOGRAPHIE

- BARENTS, R.** «New developments in measures having equivalent effect» (1981)18, *Common Market Law Review*, page 271.
- DAUSES, M.** «Dogmatik des Freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft» (1984), *Recht der Internationalen Wirtschaft*, page 197.
- DONNER, J.P.H.** «Articles 30-36 EEC in general» (1982), *Sociaal Economische Wetgeving*, page 362.
- GORMLEY, L.W.** *Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC*, (Amsterdam/New York/Oxford, 1985).
- LECRENIER, S.** «Les articles 30 et suivants et les procédures de contrôle prévues par la Directive 83/189/CEE» (1985), *Revue du Marché Commun*, page 6.
- MATTERA, A.** «L'arrêt «Cassis de Dijon»: une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du Marché Intérieur» (1980), *Revue du Marché Commun*, page 505.
- MATTERA, A.** «Les nouvelles formes du protectionnisme économique et les articles 30 et suivants du Traité CEE (1983), *Revue du Marché Commun* 252 (as Protectionism inside the European Community) (1984), *Journal of World Trade Law*, page 283.
- MOENCH, C.** «Der Schutz des freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt» (1982), *Neue Juristische Wochenschrift*, page 2.689.
- OLIVER, P.** *Free movement of goods in the EEC*, (London, 1982, Suppl. 1984).

- TOUFFAIT, A.** «Les entraves techniques à la libre circulation des marchandises» (1982), Rec. Dalloz, page 37.
- VERLOREN VAN THEMAAT, P.** «De artikelen 30 t/m 36 van het EEG—Verdrag» (1980), R.M. Themis, page 378.
- VERLOREN VAN THEMAAT, P.** «La libre circulation des marchandises après l'arrêt «Cassis de Dijon» (1982), Cahiers de Droit Européen, page 123.
- VERLOREN VAN THEMAAT — GORMLEY L.W.** «Prohibiting Restrictions on Trade within the Community: Articles 30-36 of the EEC Treaty» (1981)3, North-western Journal of International Law and Business, page 577.
- WAELEBROEK, M.** In Cousy et al, *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, (Antwerp, 1983).

RAPPEL SOMMAIRE DE JURISPRUDENCE

- Arrêt du 11.7.74 Aff. 8/74 «Dassonville»
Arrêt du 20.2.75 Aff. 12/74 «Sekt»
Arrêt du 26.2.75 Aff. 65/75 et 88 à 90/75 «Sadam»
Arrêt du 15.12.76 Aff. 41/76 «Donckerwolcke»
Arrêt du 30.11.77 Aff. 52/77 «Cayrol»
Arrêt du 20.2.69 Aff. 120/78 «Cassis de Dijon»
Arrêt du 8.11.79 Aff. 251/78 «Denkavit»
Arrêt du 7.4.81 Aff. 132/80 «United Food»
Arrêt du 17.6.81 Aff. 113/80 «Commission c/Irlande» (Articles de bijouterie)

Arrêt du 11.11.81 Aff. 203/80 «Casati»
Arrêt du 17.12.81 Aff. 272/80 «Biologische Producten»
Arrêt du 9.2.82 Aff. 95/81 «Commission c/Italie»
Arrêt du 24/11/82 Aff. 249/81 «Promotion de produits nationaux»
Arrêt du 2.3.83 Aff. 155/82 «Produits phyto-pharmaceutiques»
Arrêt du 14.7.83 Aff. 174/82 «Sandoz»
Arrêt du 30.11.83 Aff. 227/82 «Van Bennekom»

PROTECCÃO
DOS DIREITOS DO HOMEM

APLICAÇÃO
DA CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS
DIREITOS DO HOMEM

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

SUMÁRIOS

81.º

VAN DER SLUIJS, ZUIDERVELD E KLAPPE CONTRA A HOLANDA (¹)

- I. A imputação de toda a prisão preventiva, na medida da pena, não afasta a qualidade de «vítima» de detenção irregular.
- II. O «magistrado», para os fins do §3º do artigo 5º da Convenção, embora não juiz, há-de ser independente face ao executivo e às partes, com competência para manter a detenção e ordenar a soltura.

DATA DA DECISÃO: 22 de Maio de 1984

JUÍZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês, *presidente*, G. Wiarda, holandês, J. Cremona, maltês, D. Bindschedler-Robert, suíça, F. Gölcüklü, turco, L. E. Pettiti, francês, B. Walsh, irlandês.

(¹) — Cour E.D.H., Série A, nº 78;

PARECER DA COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM ⁽²⁾

A Comissão pronunciara-se (14 votos contra 11 pela violação do §3º do art.º 5º da Convenção.

DECISÃO: O Tribunal decidiu, por unanimidade:

- Julgar improcedente a excepção invocada da ilegitimidade, por falta de qualidade de «vítima»;
- Ter havido violação do §3º, do art.º 5º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem;
- Dever a Holanda entregar a cada um dos requerentes a quantia de 300 florins.

82.º

DUINHOF E DUIJF CONTRA A HOLANDA ⁽³⁾

- I. O Tribunal Europeu dos Direitos do homem não conhece officiosamente do esgotamento dos recursos internos.
- II. O §3º do artigo 5º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem impõe que o magistrado oiça o detido e tome a decisão adequada.

(2) — Com intervenção do membro português, Dr. Jorge Sampaio;

(3) — Cour E.D.H., Série A, n.º 79;

III. Não pode o «magistrado», a quem o detido é apresentado para legalização da prisão, exercer funções de acusação no processo.

DATA DA DECISÃO: 22 de Maio de 1984.

JUÍZES INTERVENIENTES: R. Ryssdal, norueguês, *presidente*, G. Wiarda, holandês, J. Cremona, maltês, D. Bindschedler-Robert, suíça, F. Gölcüklü, turco, L. E. Pettiti, francês, B. Walsh, irlandês.

PARECER DA COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer ⁽⁴⁾, por unanimidade, no sentido da violação do §3º do artigo 5º da Convenção.

DECISÃO: O Tribunal decidiu, por unanimidade:

- Ter havido violação do §3º do artigo 5º da Convenção;
- Dever a Holanda entregar a cada um dos interessados 300 florins.

83.º

CAMPBELL E FELL CONTRA O REINO UNIDO ⁽⁵⁾

I. O art.º 26º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem apenas exige se esgotem os recursos internos existentes sem qualquer sombra de dúvida, aquando da pretendida violação.

⁽⁴⁾ — Com intervenção do membro português, Dr. Jorge Sampaio;

⁽⁵⁾ — Cour E.D.H., Série A, n.º 80;

- II. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem carece de competência para se ocupar de queixa declarada inadmissível pela Comissão.
- III. Reveste carácter penal para os fins do art.º 6º da Convenção, embora classificada de meramente disciplinar pelo direito interno, a infração que consiste na participação de um recluso em amotinação e ofensa grave num guarda, infração essa que foi punida com a perda de 570 dias de diminuição possível e esperada na prisão que vinha cumprindo.
- IV. O «tribunal» exigido pelo artigo 6º não é necessariamente incluído na jurisdição de tipo clássico integrada nas estruturas judiciais ordinárias do Estado.
- V. Para curar da «independência do tribunal» importa atender ao modo de designação e duração do mandato dos seus membros, existência de garantias contra pressões exteriores e apresentação como «independente» aos olhos do público.
- VI. A inamovibilidade dos juízes, durante o respectivo mandato, é corolário da sua independência e exigência do n.º 1 do art.º 6º da Convenção.
- VII. Razões de disciplina e ordem podem justificar o não acesso do público a julgamento realizado no interior da cadeia, mas importa que a decisão se torne pública, por qualquer forma.
- VIII. A proibição de consultar o advogado antes da audiência priva o arguido das necessárias facilidades para preparação da defesa.
- IX. A proibição, ainda que depois levantada, de um recluso consultar advogado para demandar judicialmente um guarda da prisão, antes de concluídos inquérito e averiguações disciplinares, integra violação do artigo 6º da Convenção.
- X. A retenção da carta dirigida por um recluso ao seu advogado em que formula queixas da conduta dos guardas e tratamento prisional, viola o art.º 8º da Convenção.

XI. A alteração da legislação interna, posteriormente à violação incriminada da Convenção, não impede o Tribunal de se ocupar da queixa.

DATA DA DECISÃO: 28 de Junho de 1984

JUÍZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, *presidente*, J. Cremona, maltês, Thor Vilhjalmsson, islandês, F. Gölcüklü, turco, Vicent Evans, britânico, R. Macdonald, canadiano (candidato pelo Liechtenstein), C. Russo, italiano.

PARECER DA COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM ⁽⁶⁾.

A Comissão emitira parecer no sentido de que o processo seguido contra Campbell no «comité de visita» violara o art.º 6.º (9 votos a favor e 3 abstenções); a demora em consentir que os requerentes consultassem advogado violara os artigos 6.º, §1.º e 8.º (unanimidade); a recusa de consultar um médico independente não violou o §1.º do art.º 6.º (unanimidade); a recusa de autorizar o Padre Fell a falar com o advogado, sem testemunhas, violara o §1.º do art.º 6.º (unanimidade); a recusa de autorizar o P. Hell a corresponder-se com duas freiras violara o art.º 8.º (unanimidade); nenhum recurso estava disponível para as queixas de Fell contra a violação do art.º 8.º, daí que se mostre também violado o art.º 13.º da Convenção (unanimidade).

(6) — Com intervenção do membro português, Dr. Jorge Sampaio;

DECISÃO: O Tribunal decidiu:

- Não se verificar a excepção do não esgotamento dos recursos internos (unanimidade);
- Não ter competência para julgar se a queixa não admitida pela Comissão se tornou posteriormente admissível (unanimidade);

A). No que concerne ao processo perante o «Comité de Visitadores» no «caso» de Campbell:

- Que o art.º 6º da Convenção era aplicável (4 votos ⁽⁷⁾ contra 3 ⁽⁸⁾);
- Que a ausência de debates públicos não violou o §1 do art.º 6º da Convenção (quatro votos ⁽⁹⁾ contra três ⁽¹⁰⁾);
- Ter sido violado o §1º do art.º 6º com a não pronuncia pública da decisão (cinco votos ⁽¹¹⁾ contra dois ⁽¹²⁾);
- Terem sido violadas as alíneas b) e c) do §3º do art.º 6º, com a proibição do requerente consultar um advogado e se fazer representar por advogado (cinco votos ⁽¹³⁾ contra dois ⁽¹⁴⁾);

(7) — Dos juízes Wiarda, Cremona, Macdonald, Russo;

(8) — Dos juízes Thor Vilhjalmsson, Gölcüklü, Vicent Evans;

(9) — Dos juízes Wiarda, Vilhjalmsson, Gölcüklü, Vicent Evans;

(10) — Dos juízes Cremona, Macdonald, Russo;

(11) e (13) — Dos juízes Wiarda, Cremona, Vilhjalmsson, Russo;

(12) e (14) — Dos juízes Gölcüklü e Vicent Evans;

B). Processo referente aos ferimentos de ambos os requerentes:

- Foram violados o § 1º do art.º 6º e o art.º 8º, no que concerne à possibilidade de consulta a advogado (unanimidade);

C). Quanto às queixas do P. Fell:

- Ter sido violado o §1º do art.º6º, no que se refere ao regime de visitas do mandatário judicial (unanimidade)
- Ter sido violado o art.º 8º da Convenção, com as restrições à correspondência pessoal (unanimidade);

D). Quanto a ambos os requerentes:

- Ter sido violado o art.º 13º da Convenção (unanimidade);
- Dever o Reino Unido entregar aos requerentes, para despesas e encargos, 1300 libras estrelinas.

GUINCHO CONTRA PORTUGAL (15)

- I. A acção civil não finda, para os efeitos do §1º do art.º 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, com a sentença que relegou a liquidação da indemnização para a execução.
- II. O prazo de 3 anos, 10 meses e 8 dias para julgamento em 1.ª instância de uma acção de processo sumário não se afigura, à primeira vista, razoável.
- III. O carácter razoável da duração do processo é apreciado casuisticamente, tendo em consideração as especificidades do pleito e os critérios consagrados na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (complexidade do processo, comportamento do requerente e conduta das autoridades).
- IV. A acumulação passageira em determinado tribunal e consequente demora no julgamento dos processos não faz incorrer o Estado em responsabilidade internacional, se prontamente houver tomado medidas eficazes para normalizar a situação.

DATA DA DECISÃO: 10 de Julho de 1984

JUÍZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês, *presidente* J. Cremona, maltês, W. Ganshof van der Meersch, belga, F. Gölcüklü, turco, J. Pinheiro Farinha, português, E. Garcia de Enterría, espanhol, J. Gering, dinamarquês.

(15) — Cour E.D.H., Série A, nº 81;

Publicado em Documentação e Direito Comparado, 14, 103 e em Colectânea de Jurisprudência (tradução portuguesa);

PARECER DA COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM ⁽¹⁶⁾

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira, por unanimidade, parecer no sentido da violação do §1º do art.º 6º da Convenção.

DECISÃO: O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu, por unanimidade:

- Que o §1º do art.º 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem fora violado;
- Que Portugal deveria entregar ao requerente, como satisfação razoável, 150.000\$00.

85.º

MALONE CONTRA O REINO UNIDO ⁽¹⁷⁾

- I. A decisão da Comissão dos Direitos do Homem que admite a queixa fixa o objecto do «caso».
- II. As comunicações telefónicas estão abrangidas nos conceitos de «vida privada» e «correspondência» do art.º 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

⁽¹⁶⁾ — Com intervenção do membro português, Dr. Jorge Sampaio;

⁽¹⁷⁾ — Cour E.D.H., Série A, n.º 82;

- III. A interceptação de comunicações telefónicas não é, em princípio, lícita, numa sociedade democrática.
- IV. Nos casos excepcionais em que a interceptação é consentida pela Convenção importa, além do mais, que esteja prevista na lei interna (direito escrito ou direito não escrito) que há-de ser clara e precisa, contendo meios de protecção contra o arbítrio dos poderes públicos.
- V. É lícito aos serviços dos telefones adoptar aparelhos de registo nos números contactados por determinado posto e as horas de duração das conversações. A comunicação dos dados recolhidos a outras entidades, sem o consentimento do assinante, viola o direito consagrado no art.º 8º da Convenção.

DATA DA DECISÃO: 2 de Agosto de 1984

JUÍZES INTERVENIENTES: G. Wiarda, holandês, *presidente*, R. Ryssdal, norueguês, J. Cremona, maltês, Thor Vilhjalmsson, islandês, W. Ganshof van der Meersch, belga, D. Bindschedler-Robert, suíça, D. Evrigenis, grego, G. Lagergren, sueco, F. Gölcüklü, turco, F. Matscher, austríaco, J. Píñheiro Farinha, português, E. Garcia de Enterría, espanhol, L. E. Pettiti, francês, B. Walsch, irlandês, Vicent Evans, britânico, R. Macdonald, canadiano (candidatado pelo Liechtenstein), C. Russo, italiano, J. Gersing, dinamarquês.

PARECER DA COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM ⁽¹⁸⁾

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer no sentido da violação do art.º 8º pela interceptação das conversações telefónicas (11 votos e uma abstenção), não se tornar necessário decidir se com a «comptage» do

⁽¹⁸⁾ — Com intervenção do membro português, Dr. Jorge Sampaio;

telefone fora violado o mesmo art.º 8º (7 votos contra 3 e 2 abstenções) e ter sido violado o art.º 13º da Convenção (10 votos contra 1 e uma abstenção).

DECISÃO: O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu:

- Ter sido violado o art.º 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (unanimidade);
- Não se tornar necessário apreciar o caso sob o ângulo do art.º 13º (16 votos ⁽¹⁹⁾ contra 2 ⁽²⁰⁾);
- Não haver ainda elementos para uma imediata decisão sobre a aplicação do art.º 50º da Convenção (unanimidade).

P.F.

(19) — Dos juízes Wiarda, Ryssdal, Cremona, Thor Vilhjalmsson, Ganshof van der Meersch, Bindschedler-Robert, Evrigenis, Lagergren, Gölcüklü, Garcia de Enterría, Pettiti, Walsch, Vicent Evans, Macdonald, Russo, Gersing;

(20) — Dos juízes Matscher e Pinheiro Farinha

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

JOSEPH KAPLAN CONTRA O REINO UNIDO

Relatório de 17 de Julho de 1980

- I. A aplicabilidade do §1º do art.º 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem a actos administrativos resulta do seus efeitos directos sobre «direitos e obrigações de carácter civil», sendo para tal insuficientes as consequências indirectas ou fortuitas.
- II. A art.º 6º da Convenção não impede que a Administração tome medidas afectando os direitos civis dos particulares; só a «contestação», contendo um elemento jurídico, sobre tais direitos cabe na alçada do art.º 6º.
- III. O art.º 13º da Convenção garante o recurso efectivo a quem alegue violação de uma disposição de fundo da Convenção ofensiva dos seus direitos.
- IV. O art.º 13º da Convenção não exige o controle judicial da legislação.

P.F

RELATÓRIO:

I. INTRODUCTION

1. On trouvera ci-après un résumé des faits de la cause tels qu'ils ont été présentés par les parties à la Commission européenne des Droits de l'Homme.

Substance de la requête

2. Le requérant, M. Joseph Kaplan, est un ressortissant israélien né en 1932. Il réside habituellement à Tel-Aviv, en Israël, mais il vivait à Londres au moment où il a introduit la présente requête. Il est administrateur délégué de plusieurs compagnies d'assurance. Il est représenté par le cabinet solicitors Stilgoes de Londres.

3. Au début de 1974, le requérant a pris le contrôle d'une compagnie d'assurance britannique, l'Indemnity Guarantee Assurance Ltd. Le 4 novembre 1975, le Ministre du Commerce a avisé le requérant et la compagnie, conformément à l'article 38 de la loi de 1974 sur les compagnies d'assurance, qu'il envisageait de faire usage des pouvoirs à lui conférés par l'article 29 de ladite loi de restreindre les activités de la compagnie en raison de ce qu'il lui apparaissait que le requérant n'était pas apte à exercer une fonction dirigeante dans la compagnie. Il était précisé à propos de ce motif que le requérant avait fait une fausse déclaration au sujet de la valeur de certains actifs figurant dans les comptes de la compagnie. Après que des observations eurent été faites écrit et oralement au nom du requérant, celui-ci a été avisé que le Ministre le jugeait inapte à exercer une fonction dirigeante dans la compagnie. Le 13 février 1976, le Ministre a avisé la compagnie, conformément à l'article 29 de la loi, qu'il imposait des restrictions à sa capacité de conclure et de modifier des contrats d'assurance.

4. Le requérant prétend qu'en vertu de l'article 6 (1) de la Convention, les questions en litige auraient dû être tranchées par un tribunal. Il fait valoir qu'il a été décidé des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ainsi que sur ceux de la compagnie sans qu'une audience publique devant un tribunal ait eu lieu et que les allégations formulées contre lui équivalaient en substance à une accusation en matière pénale. Il soutient que l'article 6 était applicable de ce fait et qu'il a été violé. Il invoque aussi l'article 13 de la Convention.

Procédure devant la Commission

5. La requête a été introduite auprès de la Commission le 25 juillet 1976 et enregistrée le 25 août 1976. Le 19 mai 1977, la Commission a décidé, con-

formément à l'article 42 (2) (b) de son Règlement intérieur, de porter la requête à la connaissance du Gouvernement défendeur et d'inviter celui-ci à présenter des observations par écrit sur sa recevabilité. Les observations du Gouvernement ont été soumises le 2 août 1977, et celles du requérant en réponse le 30 septembre 1977. Par lettre du 31 octobre 1977, le Gouvernement défendeur a sollicité l'autorisation de présenter des conclusions complémentaires à une audience sur la recevabilité et le fond devant se tenir après que la Cour européenne des Droits de l'Homme eut rendu son arrêt dans l'*affaire König* (1). La Commission a décidé de surseoir à statuer sur la requête dans l'attente de cet arrêt. Le 13 juillet 1978, après avoir pris connaissance dudit arrêt, elle a décidé, conformément à l'article 42 (3) de son Règlement intérieur, d'inviter les parties à comparaître devant elle à une audience sur la recevabilité et le fond.

6. L'audience a eu lieu le 14 décembre 1978. Le requérant était représenté par Sir Frederick Corfield Q.C., M. Nigel Murray, avocat et M. CCK Grainger, solicitor, du cabinet Stilgoes. Le requérant était présent à l'audience. Le Gouvernement défendeur était représenté par M. D.H. Anderson, conseiller juridique au Ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth, en qualité d'Agent; M. K. Woolf, avocat, M. N.D. Bratza, avocat, MM. G.E. Gammie et J.H. Wilkinson, du Service du Treasury Solicitors Department et MM. R.F. Feen et J. Starforth du Ministère du Commerce. Après avoir examiné les arguments des parties, la Commission a décidé, la même jour, de déclarer la requête recevable, car elle soulevait, selon elle, des questions importantes et complexes sur le terrain de l'article 6 de la Convention (1).

7. Des observations écrites sur le fond de l'affaire ont été soumises au nom du requérant le 3 mai 1979 et nom du Gouvernement défendeur le 7 août 1979.

(1) — Voir décision sur la recevabilité, Annexe II

Le présent Rapport

8. Le présent Rapport a été établi par la Commission conformément à l'article 31 de la Convention, après délibérations et votes en séance plénière, en présence des membres suivants:

MM. G. SPERDUTI, Président en exercice (article 7 du Règlement intérieur)

C.A. NØRGAARD
T. ERMACORA
E. BUSUTTIL
B. DAVER
R.J. DUPUY
S. TRECHSEL
B.J. KIERNAN
N. KLECKER
M. MELCHIOR
J.A. CARRILLO

9. Le texte du présent Rapport a été adopté par la Commission le 17 juillet 1980 et est désormais transmis au Comité des Ministres conformément à l'article 31 (2).

10. Un règlement amiable n'ayant pu intervenir, le présent Rapport a pour objet, conformément à l'article 31 de la Convention:

- (1) D'établir les faits, et
- (2) de formuler un avis sur le point de savoir si les faits constatés révèlent de la part du Gouvernement défendeur une violation des obligations qui lui incombent aux termes de la Convention.

11. On trouvera ci-joint, aux Annexes I et II, un tableau retraçant les étapes de la procédure devant la Commission et la décision de celle-ci sur la recevabilité de la requête. Un compte rendu des tentatives infructueuses de la Commission en vue de parvenir à un règlement amiable fait l'objet d'un document séparé (Annexe III).

12. Le texte intégral des mémoires et plaidoiries des parties, ainsi que les pièces produites par celles-ci à l'appui de leurs thèses respectives figurent aux archives de la Commission et sont à la disposition du Comité des Ministres.

II. ETABLISSEMENT DES FAITS

13. Les faits de la cause ne donnent pas lieu, pour l'essentiel, à contestation entre les parties.

A. Le droit et la pratique internes

14. Au Royaume-Uni, les activités d'assurance sont régies essentiellement par la loi de 1974 sur les compagnies d'assurance (ci-après dénommée «loi de 1974»). Cette loi a constitué une refonte des dispositions pertinentes de la loi de 1958 sur les compagnies d'assurance, de la loi de 1967 sur les sociétés anonymes (Companies Act) et de la loi modificative de 1973 sur les compagnies d'assurance. La loi de 1967 avait prévu des dispositions habilitant le Ministère du Commerce à imposer des restrictions aux activités d'une compagnie d'assurance s'il lui paraissait que l'un de ses dirigeants n'était pas «apte» à remplir ses fonctions dans le cadre de la compagnie. Les pouvoirs de restriction et de contrôle ont été étendus et renforcés par la loi de 1973. Les lois de 1967 et 1973 ont été votées à la suite de la faillite de certaines compagnies d'assurance. Deux de ces faillites (celle de la «Fire, Auto and Marine Insurance Company» en 1967 et celle de la «Vehicle and General Insurance Company» au début des années 1970) avaient porté préjudice à un nombre important d'assurés.

15. Aux termes de l'article 2 de la loi de 1974, seules certaines catégories bien définies de personnes morales ou physiques peuvent pratiquer des activités d'assurance en Grande-Bretagne. On peut citer, notamment, les personnes morales autorisées par le Ministre du Commerce à pratiquer des activités d'assurance conformément à l'article 3 (1) (b) de la loi. Les articles 4 à 7 de la loi disposent que dans certaines circonstances, le Ministre peut ne pas donner cette autorisation. Ainsi, en vertu de l'article 4, la compagnie doit réunir certaines conditions en matière de marge de solvabilité. L'article 5 exige un capital actions minimum et conformément à l'article 6, il convient d'apporter au Ministre la preuve que des dispositions adéquates ont été prises en matière de réassurance. L'article 7 (1) de la loi dispose:

«Le Ministre ne délivre pas d'autorisation à un organisme ('l'organisme intéressé') s'il lui apparaît que l'un de ses administrateurs, ou de ses dirigeants n'est pas apte à remplir ses fonctions.»

Les paragraphes 2 à 6 de l'article 7 définissent les termes «dirigeant» «controller» et «directeur». En particulier, en vertu du paragraphe 2, le terme dirigeant «controller» désigne notamment un administrateur délégué ou le directeur général de l'organisme intéressé ou d'une compagnie d'assurance dont il est une filiale. Il désigne aussi la personne suivant les instructions de laquelle les administrateurs de l'organisme ou d'une société-mère sont habitués à agir ⁽²⁾, et toute personne capable de contrôler un tiers ou plus des voix à une assemblée générale de l'organisme ou de la personne morale dont il dépend ⁽³⁾.

16. Le titre II de la loi de 1974 (art. 12 à 61) contient des dispositions nombreuses et détaillées régissant les activités des compagnies d'assurance en Grande-Bretagne. En particulier, l'article 13 de la loi dispose que certains comptes doivent être établis pour chaque exercice financier de la compagnie, notamment un bilan et un compte de pertes et profits. Aux termes de l'article 18, un exemplaire de ces comptes doit être déposé auprès du Ministre dans un délai prescrit. L'article 61 (1) de la loi érige en infraction le fait pour une personne »(c) d'inclure ou de permettre que soit inclus dans (i) un document ... devant être soumis au Ministre ... une déclaration qu'il sait inexacte sur un

⁽²⁾ — Art. 7 (2) (c) (i).

⁽³⁾ — Art. 7 (2) (c) (ii).

point important ou, par négligence, d'inclure ou de permettre qu'il soit incluse une déclaration inexacte sur un point important». En vertu de l'article 62, le contrevenant est punissable, dans les affaires graves, d'une peine de prison pouvant atteindre deux ans ou d'une amende, ou des deux peines à la fois, et dans les affaires peu graves, d'une amende pouvant atteindre 400 livres. Conformément à l'article 81 de la loi, le Ministre est habilité à engager des poursuites et dans la pratique, il dirige l'action publique contre les contrevenants à cette loi.

17. La réglementation adoptée en application de la législation sur les compagnies d'assurance contient des dispositions détaillées au sujet du contenu des comptes des compagnies. L'article 3 du Règlement de 1968 sur les compagnies d'assurance (comptes et formulaires) impose d'annexer au bilan un certificat signé par le secrétaire général ou le directeur et au moins deux administrateurs de la compagnie, et indiquant notamment:

«(a) si, de l'avis des signataires du présent certificat, la valeur des actifs de la compagnie à la fin de l'exercice financier était globalement au moins égale au total des sommes, représentant ces actifs, inscrites au bilan et, si pour donner cet avis les actifs examinés dans la déclaration ou le rapport établi conformément au paragraphe 10 de l'Annexe 1 ont été estimés à une valeur autre que leur valeur marchande, le critère en fonction duquel cette estimation a été faite.»

18. La loi de 1984 sur les sociétés anonymes (Companies Act) précise aussi les responsabilités des administrateurs pour ce qui est des comptes des sociétés anonymes. Aux termes de l'article 148, les administrateurs doivent faire établir un bilan chaque année et le soumettre à l'Assemblée générale de la société. L'article 149 dispose que ce bilan «doit présenter un tableau exact et fidèle de la situation de la société à la fin de l'exercice financier». La 8^{ème} Annexe à la loi contient des dispositions détaillées sur le contenu de ces comptes. Aux termes de l'article 149 (6), un administrateur se rend coupable d'une infraction, punissable selon la procédure applicable aux infractions peu graves, s'il «ne prend pas toutes les mesures qu'on peut raisonnablement attendre de

lui» pour garantir le respect de la loi. Il peut invoquer pour sa défense le fait qu'il avait des raisons plausibles de penser qu'une autre personne compétente et digne de confiance était chargée de cette mission et était en mesure de la remplir.

19. Par ailleurs, le titre II de la loi de 1974 confère divers pouvoirs d'intervention au Ministre (art. 28—41). En particulier, l'article 29 habilite le Ministre à imposer des restrictions à la capacité d'une compagnie de conclure de nouvelles affaires; cet article est libellé comme suit:

Restrictions imposées à la conclusion de nouvelles affaires 29. —

(1) Le Ministre peut enjoindre à une compagnie —

- (a) de ne plus conclure de contrats d'assurance en général ou de contrats d'assurance d'un type déterminé;
- (b) de ne modifier aucun contrat d'assurance d'un type déterminé conclu dans le cadre des opérations de caractère général, et en vigueur à la date de l'injonction;
- (c) de n'apporter aucune modification, tendant à augmenter les engagements de la compagnie, aux contrats d'assurance d'un type déterminé conclus dans le cadre des opérations à long terme et en vigueur à la date de l'injonction.

(2) Une injonction prise en vertu du présent article peut s'appliquer aux contrats d'assurance, que la mise en oeuvre de ces derniers entre ou non dans une catégorie d'assurances que la compagnie est autorisée à effectuer.»

Ce pouvoir d'intervention peut être mis en oeuvre lorsque les motifs énoncés à l'article 28 de la loi sont réunis. En particulier, aux termes de l'article 28 (1), le Ministre peut en faire usage lorsque... «il existe un motif qui lui interdirait, conformément à l'article 7 ci-dessus, de délivrer une autorisation à la compagnie, si cette autorisation était sollicitée». Ainsi, des restrictions peuvent être imposées à la conclusion d'affaires nouvelles en vertu de l'article 29, lorsqu'il apparaît au Ministre qu'une personne exerçant une fonction di-

rigeante («controller») dans la compagnie n'est pas apte à la remplir. Cette intervention peut aussi se fonder sur divers autres motifs, par exemple s'il apparaît souhaitable de protéger les assurés contre le risque de voir la compagnie ne plus pouvoir faire face à ses engagements (art. 28 (1) (a)).

20. L'article 38 de la loi définit certaines règles que le Ministre doit respecter dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 29. Lorsqu'il envisage de faire usage de ses pouvoirs pour la raison qu'un dirigeant d'une compagnie n'est pas apte à remplir ses fonctions, il doit, conformément aux paragraphes 1 et 2 de l'article 38, aviser par écrit la compagnie et l'intéressé:

- qu'il envisage de faire usage de ce pouvoir, et pour quel motif;
- que des observations peuvent lui être adressées par écrit (par la compagnie ou l'intéressé) dans le délai d'un mois, et que des observations peuvent être faites oralement à un fonctionnaire du Ministère du Commerce spécialement désigné par le Ministre.

Conformément à l'article 38 (3), cet avis doit exposer en détail les motifs pour lesquels le Ministre envisage d'exercer ses pouvoirs.

21. L'article 40 (1) de la loi habilite le Ministre, dans certaines circonstances, à apporter ou modifier des restrictions imposées en vertu, notamment, de l'article 29 de la loi. L'article 40 (4) dispose que l'imposition, l'annulation ou la modification d'une restriction édictée conformément à l'article 29 «doit être portée à la connaissance du public par le Ministre au moyen d'une insertion dans le Journal Officiel de Londres et d'Edimbourg et par tout autre moyen jugé approprié». Le Ministre n'est pas tenu d'explicitier les motifs qui l'ont amené à imposer ces restrictions (par exemple parce qu'il a constaté qu'un certain individu n'était pas «apte»); dans la pratique, il ne semble pas que le Ministre publie de tels détails.

22. Les restrictions imposées à une compagnie d'assurance en vertu de l'article 29 de la loi affectent uniquement la capacité de la compagnie de se livrer à de nouvelles affaires. Bien que la compagnie puisse, en vertu de l'arti-

cle 29 (1) (b) et (c), être tenue de ne pas modifier des contrats en cours, le Ministre n'est pas habilité par l'article à annuler ou modifier lui-même ces contrats ou à exiger de la compagnie qu'elle cesse ses activités.

23. Lorsque le Ministre fait usage des pouvoirs à lui conférés par l'article 29 au motif qu'un dirigeant de la compagnie n'est pas apte à occuper ses fonctions, «la position proprement dite du dirigeant n'est pas affectée», encore qu'aux termes de l'article 69 (1) (a) de la loi, le fait de ne pas déférer à l'injonction constitue une infraction. Ceci étant, le Ministre n'est pas habilité par la loi à exiger d'une personne qu'elle renonce à sa fonction de dirigeant, qu'elle abandonne un poste ou un emploi qu'elle peut occuper dans la compagnie, qu'elle cède des actions en sa possession ou qu'elle abandonne toute autre position influente. De même, la délivrance de cette injonction n'empêche pas l'intéressé de prendre un poste différent dans le secteur des assurances. Toutefois, la nomination d'un nouvel administrateur délégué ou d'un nouveau directeur général est soumise à l'agrément du Ministre en vertu de l'article 52 de la loi de 1974 et le Ministre est aussi habilité, en vertu de l'article 53, à s'opposer à la désignation d'un individu à une fonction dirigeante dans une compagnie d'assurance. Ce pouvoir de s'opposer à une nomination prévu par les articles 52 et 53, peut être exercé en alléguant le fait que l'intéressé ne paraît pas apte à exercer ladite fonction dirigeante. Dans la pratique, le Ministre tient compte des constatations faites antérieurement au sujet de l'aptitude de l'intéressé, mais ces constatations ne sont pas nécessairement déterminantes. Dans chaque cas, il convient de se demander si l'intéressé est «apte» à occuper le poste en question.

24. La loi ne définit pas l'adjectif «apte». Le Gouvernement défendeur a déclaré ⁽⁴⁾ qu'il est difficile de décrire d'une manière générale les éléments qui font qu'une personne est apte. Les éléments primordiaux sont l'honnêteté, l'intégrité, les connaissances et l'expérience. D'autres facteurs particuliers intéressant les assurances en général ou tel ou tel poste, peuvent entrer en ligne de compte. On peut dire, d'une manière générale, que pour qu'un individu soit déclaré «inapte», il faut que ses insuffisances menacent de nuire aux intérêts des assurés.

(4) Observations écrites sur la recevabilité.

25. Le Ministre est aussi habilité à imposer aux compagnies d'assurance des restrictions très diverses. Il peut leur imposer des restrictions quant aux placements qu'une compagnie peut faire (art. 30). Il peut exiger qu'une partie déterminée de ses actifs (pouvant équivaloir au montant de ses engagements nationaux) soit maintenue au Royaume-Uni (art. 31). Il peut exiger que les actifs soumis à cette mesure soient détenus par une personne qui aura été désignée comme «trustee» de la compagnie. Il peut imposer des limites au revenu sous forme de primes (art. 33), exiger la réalisation d'enquêtes actuarielles (art. 34) et demander que la compagnie fournisse divers renseignements (art. 35 et 36). Le Ministre peut faire usage de ses pouvoirs en invoquant les motifs décrits à l'article 28. L'exercice de ces pouvoirs n'est pas soumis aux dispositions procédurales de l'article 38 de la loi, qui ne visent que les restrictions imposées en vertu de l'article 29. Les mesures prises sont susceptibles d'annulation, de modification, etc., conformément à l'article 40.

26. La loi ne prévoit pas la possibilité de faire appel d'une décision du Ministre d'imposer des restrictions à une compagnie conformément à l'article 29 de la loi, ou pour d'autres motifs. De même, il n'existe pas de droit d'appel contre une déclaration d'inaptitude prise à l'encontre d'un individu, lorsque cette déclaration est à la base de la restriction imposée. Toutefois, une décision d'imposer des restrictions (en particulier sur la base de l'article 29 de la loi) pourrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire par la «Haute Cour» dans l'exercice de sa compétence générale de surveillance. En particulier, cette décision pourrait être attaquée dans une requête adressée à la «Cour Divisionnaire» en vue de l'obtention d'une ordonnance prérogative de *certiorari*. Cette requête pourrait déboucher sur l'annulation de la décision incriminée.

27. Dans ces procédures, la Cour exerce une compétence de contrôle limitée. Elle n'agit pas comme un tribunal d'appel contrôlant le bien-fondé de la décision administrative attaquée et elle n'est pas habilitée à substituer sa propre décision à celle d'un Ministre qui a compétence pour décider. Il existe une jurisprudence très abondante concernant les motifs pour lesquels la Cour peut intervenir lorsqu'elle contrôle des décisions administratives. Schématiquement, on peut dire qu'elle est habilitée à annuler une décision si le Ministre a excédé les pouvoirs à lui conférés par la loi, s'il a commis une erreur de droit ou s'il

a violé les règles de la justice naturelle, qui ont été interprétées comme faisant obligation à un Ministre d'agir «équitablement».

28. Les parties ont été convenues que l'extrait ci-après offre une description précise du droit en la matière:

«L'instance qui s'est vu conférer un pouvoir discrétionnaire peut être tenue de faire usage de ce pouvoir discrétionnaire, mais non d'en faire usage de telle ou telle manière. En règle générale, le pouvoir discrétionnaire ne doit être exercé que par l'instance à laquelle il est conféré. Cette instance doit procéder à un examen approfondi de la question dont elle est saisie: elle ne doit pas agir sous la dictée d'un autre organe ou se priver de la possibilité d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans chaque cas individuel. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, elle ne doit pas faire ce qui lui a été interdit de faire, de même qu'elle ne doit pas faire ce qu'elle n'a pas été autorisée à faire. Elle doit agir de bonne foi, tenir compte de toutes les considérations pertinentes; elle ne doit pas se laisser influencer par des considérations étrangères; elle ne doit pas chercher à promouvoir des objectifs étrangers à la lettre ou à l'esprit de la législation qui l'habilite à agir; et elle ne doit pas agir de manière arbitraire ou capricieuse.»⁽⁵⁾

Le non-respect de ces principes pourrait motiver une intervention de la Cour. Si celle-ci estime que le Ministre a pris une décision que raisonnablement il n'aurait pas dû prendre au vu des éléments en sa possession, elle peut l'annuler.

29. L'annulation d'une décision ministérielle n'empêche pas le Ministre de prendre une nouvelle décision dans la même sens, pourvu qu'elle soit conforme à la loi.

(5) — S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 3^{ème} édition, p. 252.

Les faits à la base du grief du requérant

30. Le requérant travaille dans les assurances depuis quelques années. Entre 1954 et 1959 il a travaillé au Bureau du budget du Ministère des finances d'Israël, ayant la charge du budget de ce Ministère et, ultérieurement, de celui d'un autre Ministère. Il a étudié les assurances à Londres en 1959. En 1960-1961, il a dirigé le Service des assurances du Gouvernement israélien. Il a été nommé en 1962 administrateur délégué, et en 1974 Président, de la Yuval Insurance Co. of Israel Ltd.

31. Au début de 1974, le requérant a acquis un intérêt majoritaire dans la Benady & Company (Gibraltar) Ltd («Benady»), société qui est devenue au même moment actionnaire majoritaire de la Castle Reinsurance Co. Ltd of Gibraltar («Castle»). Castle avait une filiale dont elle était l'unique actionnaire, à savoir l'Indemnity Guarantee Assurance Ltd («IGA»), qui avait elle-même une filiale dont elle détenait la totalité du capital, à savoir la Valbrey Holdings Ltd («Valbrey»).

32. Les participations que le requérant possédait dans l'IGA en février 1976 résultaient du fait qu'il détenait 82% du capital de Benady (17% en son nom propre et 65% par l'intermédiaire de la Haslev Nominees Ltd). Selon le requérant, Benady détenait plus de 90% des actions de Castle, participation qui a été portée ultérieurement à 99%. Castle était propriétaire de l'IGA. Le requérant était aussi président et administrateur délégué de l'IGA. A toutes les époques présentant de l'importance pour sa requête, il a occupé une fonction dirigeante dans l'IGA, au sens de la loi de 1974.

33. Un certain nombre de restrictions ont été imposées à l'IGA par le Ministre dans un avis daté du 7 décembre 1973, en raison apparemment du changement de direction intervenu. Ces restrictions visaient notamment les placements que la compagnie pouvait réaliser et le revenu qu'elle pouvait recevoir sous forme de primes. Il était exigé, par ailleurs, que des actifs d'une valeur au moins égale à 40% des engagements nationaux de la compagnie soient maintenus au Royaume-Uni et que cette partie des actifs soit détenue par un «trustee» agréé.

34. Au début de 1974, il a été décidé d'acheter un immeuble de bureaux sis 64 rue Clifton à Londres pour l'usage de l'IGA. Cet immeuble était le seul

actif important de la H. Costa & Co. Ltd. Il a été décidé que la Valbrey, filiale de l'IGA, se rendrait acquéreur du capital-actions de la Costa à un prix tenant compte de la valeur de l'immeuble. L'agrément du Ministre était nécessaire pour cette transaction, de manière à respecter les restrictions imposées à la compagnie.

35. Dans un rapport daté du 14 février 1974, un cabinet de géomètres agréés a évalué l'immeuble à 300.000 Livres. Le Ministre a donné son accord à la transaction sous réserve de certaines conditions, notamment qu'une nouvelle estimation de l'immeuble soit faite peu de temps avant l'échange des exemplaires du contrat. Le 2 juillet 1974, ce même cabinet de géomètres a estimé l'immeuble à 275.000 Livres. Un exemplaire de cette estimation a été soumis au Ministère du commerce. En juillet 1974, le capital-actions de la Costa a été racheté par la Valbrey pour 220.000 Livres environ, prix qui tenait compte d'une somme de 55.000 Livres que la Costa aurait à payer au titre de l'impôt sur les plus-values si elle vendait l'immeuble au prix de 275.000 Livres.

36. Le 27 novembre 1974, le requérant a écrit au Ministère du commerce au sujet de diverses questions intéressant l'IGA. Il a déclaré dans cette lettre (qui traitait principalement d'autres questions) que l'IGA allait demander à un géomètre de procéder à une nouvelle estimation des locaux de la rue Clifton à la fin de 1974, bien qu'il ne pensât pas que cette estimation serait très différente de celle soumise lors de l'acquisition de l'immeuble.

37. En février 1975, le requérant s'est entretenu avec le Secrétaire général de l'IGA et diverses autres personnes au sujet des renseignements à réunir pour mettre la dernière main aux comptes de fin d'année ainsi qu'au bilan de l'IGA. Le Secrétaire général a déclaré qu'on attendait encore une estimation des locaux de la rua Clifton. Le requérant s'en est étonné et a jugé cette évaluation inutile, vu qu'une estimation avait été faite moins de six mois auparavant. Une discussion s'est ensuivie sur le point de savoir si cette estimation était nécessaire conformément aux restrictions imposées par le Ministre en décembre 1973 ou conformément à la nouvelle réglementation (Règlement de 1974 sur les compagnies d'assurance (estimation des actifs), qui avait été publiée, mais qui n'était pas encore entrée en vigueur. Le requérant a jugé qu'une nouvelle estimation n'était pas nécessaire. Il ne se rappelait pas s'être engagé

à faire procéder à une estimation. Il est expliqué qu'il n'avait pas à l'esprit la lettre du 27 novembre 1974 à l'instant pertinent. En conclusion de la discussion, il a été décidé de ne rien changer aux instructions données à la M. & Co, en vue de la réalisation d'une nouvelle estimation, bien que le requérant jugeât ce travail inutile et n'attendît aucune modification notable de la valeur de l'immeuble.

38. Ultérieurement, la M. & Son a soumis par oral une estimation de l'immeuble aux représentants de l'IGA. Elle a déclaré que ces biens avaient une valeur de 125.000 ou 140.000 Livres, selon la méthode d'évaluation adoptée. Ils ont finalement adopté le chiffre de 140.000 Livres. Le requérant ne pouvait pas comprendre comment la valeur de l'immeuble avait pu chuter à ce point. En effet, la chute des prix des biens fonciers s'était produite, pour l'essentiel, avant l'acquisition de l'immeuble. Il a donné des instructions pour qu'on demande à la M. & Son de ne pas fournir d'évaluation par écrit jusqu'à ce qu'il ait eu la possibilité de rencontrer les responsables de cette société. Le 13 mars 1975, une réunion s'est tenue entre, d'une part, le requérant et d'autres représentants de l'IGA et d'autre part des représentants de la M. & Son. Des questions ont été posées concernant la qualité de données comparatives qui étaient censées avoir été utilisées pour établir l'évaluation. A l'issue de la réunion, le requérant a chargé ses avoués d'écrire à la M. & Son pour lui poser certaines questions, et également d'examiner la possibilité de la poursuivre en justice.

39. Le 16 avril 1975 s'est tenue une réunion du conseil d'administration de l'IGA. Aucune réponse écrite n'avait été reçue de la M. & Son et la situation concernant l'estimation était donc encore indécise. La discussion a porté sur le point de savoir pour quelle valeur l'immeuble serait inscrit dans les comptes de fin d'année 1974. Le requérant s'est déclaré convaincu que la valeur correcte était celle à laquelle l'immeuble avait été acquis. La M. & Son avait assuré à l'IGA que l'estimation de juillet avait été effectuée avec soin et que les données comparatives utilisées étaient complètes et adéquates. Rien n'indiquait qu'une nouvelle baisse catastrophique des prix des biens fonciers soit intervenue pendant le second semestre de 1974. L'estimation était suffisamment récente pour être conforme à la réglementation de 1974. Le requérant s'est donc déclaré prêt à signer le certificat concernant les comptes, certi-

ficat attestant que selon lui la valeur des actifs de l'IGA au 31 décembre 1974 était globalement au moins égale au total des sommes, représentant ces actifs, inscrites au bilan, en prenant pour base une valeur déclarée de l'immeuble de 220.000 Livres.

40. Les collègues du requérant au conseil d'administration et les commissaires aux comptes de l'IGA hésitaient à certifier ainsi les comptes sans formuler certaines réserves. Il a été débattu ensuite de la question de savoir si l'on pouvait régler la question en annexant une note aux comptes. Le Secrétaire général de l'IGA a alors suggéré de souscrire une police d'assurance qui protégerait le bâtiment contre tout risque de moins-value par rapport à sa valeur d'acquisition, à savoir 220.000 Livres. Il a été finalement décidé de contracter cette assurance à compter d'une date se situant un mois ou deux avant la date du bilan, de manière à couvrir les locaux contre un risque de moins-value, pouvant atteindre un maximum de 80.000 Livres, sur une valeur d'acquisition de 220.000 Livres. Le représentant des commissaires aux comptes de l'IGA fit savoir que c'était là une méthode satisfaisante d'un point de vue comptable et que les commissaires aux comptes seraient en mesure de signer le certificat requis, précisant qu'il était raisonnable pour les administrateurs de l'IGA de donner leurs certificats concernant la valeur globale des actifs de la compagnie. Le requérant a suggéré que la compagnie mère de l'IGA, à savoir la Castle, s'offre à réassurer le risque, bien qu'il n'y eut pas de proposition que l'assureur initial se charge de cette réassurance.

41. La proposition que la garantie coure à partir d'une date antérieure à la date du bilan n'avait pas été formulée par le requérant, encore qu'il la considérât comme parfaitement justifiée. Le requérant ne pensait nullement qu'on eut l'intention d'antidater la police. Le requérant a été absent du 20 avril au 1^{er} mai 1975. A son retour, il lui a été dit que la police avait été souscrite, mais il n'a pas vu le document, pensant que les responsables de la compagnie avaient traité l'affaire correctement. Le 8 avril 1975, une nouvelle réunion du conseil d'administration s'est tenue au cours de laquelle les comptes et le bilan de la compagnie ont été approuvés à l'unanimité et signés. La valeur de l'immeuble de la rue Clifton fut inscrite pour 220.000 Livres et le requérant a signé le certificat prévu par le Règlement de 1968 (cf. par. 17 ci-dessus), libellé comme suit:

«Nous certifions que la valeur des actifs de la compagnie au 31 décembre 1974 était globalement, selon nous, au moins égale au total des sommes, représentant ces actifs, inscrites au bilan.»

42. En septembre 1975, le Ministère du commerce a demandé par écrit à l'IGA de lui procurer des estimations de la valeur marchande de l'immeuble de la rue Clifton au 31 décembre 1975, au 31 mars 1975 et au 31 juillet 1975. Le 3 octobre 1975, la M. & Son a fourni des estimations évaluant l'immeuble à 140.000 Livres et aux deux premières dates et à 145.000 Livres à la troisième. Ces évaluations ont été soumises au Ministère, accompagnées de la précision qu'une police d'assurance couvrait le risque de moins-value.

43. Après le commencement de l'enquête du Ministère, le requérant a appris que la date d'émission figurant sur la police d'assurance était le 17 décembre 1974. Il a également appris, à une réunion tenue le 15 octobre 1975, qu'un responsable de l'IGA avait écrit une lettre le 5 mai 1975 pour déclarer que la police avait été émise en décembre 1974. Il n'avait jamais vu cette lettre auparavant et a eu du mal à comprendre pourquoi elle avait été écrite, vu qu'il n'avait connaissance d'aucune proposition pour qu'elle porte une date différente de celle à laquelle elle avait été émise, à savoir en avril ou dans les premiers jours de mai 1975.

44. Le 4 novembre 1975, le Ministère du commerce a fait parvenir au requérant et à l'IGA l'avis prévu par l'article 38 de la loi de 1974 sur les compagnies d'assurance, pour les informer qu'il envisageait de faire usage, à l'égard de l'IGA, des pouvoirs à lui conférés par l'article 29 de ladite loi. Le motif pour lequel il envisageait d'intervenir et les détails de ce motif, étaient exposés dans des termes similaires dans les deux avis. Les parties pertinentes de l'avis adressé à l'IGA étaient libellées comme suit:

«2. Le motif pour lequel le Ministre envisage de faire usage du pouvoir mentionné au premier paragraphe du présent avis est qu'il existe un motif pour lequel il lui serait interdit, en vertu de l'article 7 de la loi, de délivrer une autorisation à la compagnie, si cette autorisation était sollicitée, à savoir qu'il lui apparaît que M. Joseph Kaplan, l'un des dirigeants de la compagnie, n'est pas apte à occuper une fonction dirigeante dans ladite compagnie.

3. Les détails du motif invoqué au paragraphe 2 du présent avis sont les suivants:

(a) en qualité d'administrateur délégué de la compagnie, M. Kaplan a signé les comptes de la compagnie pour l'exercice financier se terminant le 31 décembre 1974, en sachant ou en ayant des raisons de penser, que la valeur attribuée dans ces comptes à une certaine propriété foncière, à savoir l'immeuble sis 64 rue Clifton à Londres EC2, sur la base d'une estimation faite le 2 juillet 1974, était fallacieuse ou inexacte en tant qu'estimation de la valeur de cet immeuble au 31 décembre 1974;

(b) à la suite d'une décision prise par les administrateurs à une réunion tenue sous la présidence de M. Kaplan, le 16 avril 1975, une police d'assurance a été souscrite pour cet immeuble, censée prendre effet le 31 octobre 1974 et avoir été émise le 17 décembre 1974, alors que M. Kaplan savait ou avait des raisons de penser que l'on allait indûment faire courir cette police à partir d'octobre 1974, afin de faire apparaître, au 31 décembre 1974, grâce à cette assurance, une valeur de l'immeuble supérieure à sa valeur réelle au 31 décembre 1974.»

45. Le 3 décembre 1975, des avoués agissant pour le compte de l'IGA et du requérant, ont écrit au Ministre pour présenter des observations au sujet des avis, et lui faire part de leurs souhaits de présenter des observations par oral. Les observations écrites indiquaient notamment que le requérant était prêt à répondre devant les juridictions pénales des allégations formulées contre lui et, dans la lettre de couverture, il était demandé des détails sur la manière dont le Ministre entendait procéder en l'espèce, à la lumière des observations formulées par écrit.

46. Par lettre du 11 décembre 1975, le Ministère du Commerce a répondu comme suit à la question du requérant concernant la marche à suivre:

«La question qui se pose lors de l'examen de l'aptitude d'une personne sous l'angle de la loi de 1974 sur les compagnies d'assurance est purement et simplement celle de savoir si cette personne est apte à exercer une fonction dans une compagnie, et, si elle ne l'est pas, quelles restrictions il convient d'imposer aux activités de cette compagnie.

Lorsque des circonstances faisant douter de l'aptitude d'une personne à exercer la fonction d'administrateur ou toute autre fonction dirigeante dans une compagnie d'assurance, sont portées à la connaissance du Ministre, celui-ci est tenu de les examiner et de prendre, conformément à la loi, les mesures qu'il juge appropriées. L'opinion actuelle du Ministre est que cette obligation qui s'impose à lui n'est pas affectée par le fait que ces circonstances peuvent aussi donner naissance à une instance pénale. Mais il est évident qu'il prendra dûment en considération toute autre observation que vous souhaiterez faire sur ce point.

Le Ministre doit procéder à un examen équitable, conformément à la loi, des questions dont il est saisi. Une décision de sa part n'est pas de même nature qu'une instance pénale et les règles applicables à l'administration et à la charge de la preuve dans les instances pénales ne sont pas applicables à sa décision. Pour parvenir à une évaluation correcte et équitable il fera en sorte que la substance de toute allégation — provenant soit de l'enquête menée par le Ministère, soit d'une déclaration faite par des personnes autres que vos clients, soit de protestations élevées par d'autres personnes ayant reçu un avertissement analogue, allégations sur lesquelles vos clients devraient être autorisés à formuler des observations — soit dévoilée à vos clients et que leurs observations à ce sujet soient prises en considération. La procédure prescrite par la loi pour examiner l'aptitude d'une personne n'autorise pas le contre-interrogatoire des témoins. Je confirme qu'il est loisible à vos clients d'appeler d'autres personnes à présenter des observations oralement en leur nom et qu'ils pourront poser des questions à ces personnes.»

47. Le 17 décembre 1975, des observations ont été présentées oralement au nom de l'IGA et du requérant. Elles ont été entendues par M. Morris, Chef de la Division des Assurances au Ministère du Commerce, fonctionnaire désigné pour les entendre conformément à l'article 38 de la loi de 1974. M. Morris était accompagné de trois autres fonctionnaires du Ministère. Les observations ont été présentées par un avocat au nom du requérant et de la compagnie, et une déclaration a aussi été faite par un associé du requérant au sujet

de l'intégrité commerciale de ce dernier. Des déclarations écrites du Secrétaire général et du Commissaire aux comptes d l'IGA ont été soumises. L'audience a eu lieu à huis clos.

48. Le conseil du requérant a formulé diverses observations sur la procédure suivie, notamment sur l'impossibilité de faire interroger ou contre-interroger des témoins. Il a fait valoir que vu que les faits reprochés constituaient des infractions pénales, l'article 61 de la loi de 1974 et l'article 149 de la loi de 1948 sur les sociétés anonymes (cf. par. 16 et 18 ci-dessus) impliquaient que l'intéressé soit d'abord jugé par un tribunal pénal. Pour ce qui est de la substance des allégations, il a été soutenu pour l'essentiel, que le requérant avait agi de manière parfaitement correcte en l'espèce, qu'il s'en était remis à avis de personnes respectables et dignes de confiance, connaissant parfaitement les domaines des assurances et de la comptabilité. Il n'avait pas été impliqué (et il n'était pas allégué qu'il avait été impliqué) dans l'opération consistant à antidater la police d'assurance (par contre, il était intervenu lors de l'établissement de la note de couverture — ce qui était correct). Le fonctionnaire chargé d'écouter les observations a adressé un certain nombre de remarques au conseil du requérant, relatives à diverses questions, notamment l'expérience du requérant dans le domaine du marché foncier, la validité de la police d'assurance, etc.

49. Le 11 février 1976, le fonctionnaire du Ministère du Commerce a avisé le requérant au cours d'un entretien que le Ministre l'avait jugé inapte à exercer des fonctions dirigeantes dans une compagnie d'assurance.

50. Par avis du 13 février 1976 le Ministre, agissant en vertu de l'article 29 de la loi de 1974, a enjoint à l'IGA:

- «(a) de ne plus conclure de contrats d'assurance, à l'exception des contrats de réassurance dans lesquels la compagnie est la partie assurée;
- (b) de ne modifier aucun contrat d'assurance conclu dans le cadre des opérations de caractère général et en vigueur à la date de la présente injonction;
- (c) de n'apporter aucune modification, tendant à augmenter les engagements de la compagnie, aux contrats conclus dans le cadre

des opérations à long terme et en vigueur à la date de la présente injonction.»

51. La manière dont l'affaire du requérant a été traitée est décrite dans une note du 16 août 1976 adressée par le Ministre du Commerce de l'époque à un député que avait correspondu avec lui au sujet du requérant. Il était déclaré notamment:

«Les arguments compréhensibles formulés par le conseil de M. Kaplan comportaient un certain nombre de remarques de caractère juridique, qui ont toutes fait l'objet d'un examen approfondi. Après l'audition, un compte rendu détaillé a été établi qui, conjointement avec notre transcription de l'audition et les observations présentées par écrit, a été soumis aux Ministres qui ont pris la décision finale à la lumière des observations qui avaient été formulées. Je dois souligner que la procédure légale applicable dans ces affaires prévoit seulement la possibilité pour l'intéressé de formuler des observations par écrit et oralement, et qu'elle n'envisage pas une procédure judiciaire devant un tribunal, avec témoignage sous serment, contre-interrogatoire, et les règles habituelles en matière de charge de la preuve. On peut soutenir évidemment que pareilles questions devraient être débattues devant un tribunal et ne devraient pas faire l'objet d'une décision administrative; ce n'est pas ce que la loi prévoit — et comme vous le savez, Lord Hailsham, lorsqu'il était Lord Chancelier, a déclaré que ceci "n'est aucunement une question qui peut être tranchée par les tribunaux... c'est là une appréciation subjective faite par une personne instruite sur une question d'expérience" (HL Hansard, 22 mars 1973, Col. 907).»

Le compte rendu établi à l'intention du Ministère n'a pas été communiqué au requérant. Selon ce dernier, le Ministère du Commerce a aussi précisé que le Ministre ne jugeait pas nécessaire de se prononcer sur la validité ou l'efficacité de la police d'assurance souscrite avant de prendre sa décision au sujet de l'aptitude du requérant.

52. Selon les renseignements soumis au nom du requérant, une instance judiciaire a été engagée par l'IGA contre la M & Son au sujet de son estima-

tion de l'immeuble de la rue Clifton. La procédure s'est terminée par un règlement prévoyant le versement par la M & Son à l'IGA de 80.000 Livres.

53. A peu près à la même époque à laquelle l'injonction susmentionnée a été faite conformément à l'article 29 de la loi de 1974, le Ministre a entrepris également de modifier, conformément à l'article 40 de la loi, les restrictions imposées en décembre 1973. En particulier, par avis daté du 11 février 1973, les actifs devant être maintenus au Royaume-Uni par la compagnie ont été portés d'un minimum de 40% à un minimum de 100% du montant des engagements nationaux de la compagnie. Cette somme a été ultérieurement réduite à 50% par avis du 26 février 1976. Une injonction a été prise aux termes de laquelle l'ensemble des actifs en question devait être détenu par un «trustee» agréé, l'Abchurch Nominees Ltd., conformément à l'article 32 de la loi de 1974.

III. ARGUMENTATION DES PARTIES

54. Les arguments des parties concernant les faits de la cause et le droit interne applicable figurent, pour l'essentiel, dans la partie précédente du présent Rapport. On trouvera ci-après la substance des autres arguments présentés par écrit et oralement par les parties au cours de la procédure devant la Commission.

B. Arguments préliminaires concernant les moyens de preuve et la procédure

1. Le requérant

55. Dans ses observations écrites sur le fond, le requérant a déclaré qu'il souhaitait avoir la possibilité de soumettre à la Commission des éléments de preuve supplémentaires concernant le fond de l'affaire entendu au sens le

plus large du terme, notamment sur la manière dont le Ministre avait pris sa décision. Toutefois, il n'a pas été autorisé à prendre connaissance du rapport établi par les fonctionnaires à l'intention du Ministre. N'ayant pas connaissance du contenu de ce rapport, il a été défavorisé pour présenter de bons arguments à la Commission. Pour déterminer le point de savoir si des «droits et obligations de caractère civil» au sens de l'article 6 (1) de la Convention étaient en jeu, il convient de tenir compte non seulement du droit pertinent mais encore de la pratique administrative de l'Etat. Il incombe donc à la Commission d'examiner le rapport pour rechercher si le Gouvernement défendeur considère lui-même les comportements incriminés comme affectant ses droits et obligations de caractère civil (à lui requérant).

56. En conséquence, le requérant demande à la Commission d'inviter le Gouvernement à présenter des copies du rapport ainsi que la correspondance et les notes annexes. Il demande en outre qu'après la décision de la Commission et la production des documents (si celle-ci est demandée), il soit autorisé à soumettre à la Commission des éléments de preuve supplémentaires et des observations sur le fond.

2. Le Gouvernement défendeur

57. Le Gouvernement fait valoir que la principale question en l'espèce, telle que formulée par la Commission dans sa décision sur la recevabilité, est une question de droit touchant à l'interprétation de l'article 6 (1). D'une manière générale, les faits et le droit interne pertinents ne donnent pas lieu à contestation.

Il est donc inutile que la Commission demande la production de moyens de preuve supplémentaires. Le requérant n'a pas donné de précision sur les points auxquels les preuves dont il s'efforce d'obtenir la production, pourraient se rapporter, non plus que sur la manière dont leur production aiderait la Commission à s'acquitter de ses fonctions dans le cadre de la Convention. Le «bien-fondé» de la décision du Ministre est sans rapport avec la question de savoir si l'article 6 (1) est applicable ou non. Il en est de même des opinions professées par les fonctionnaires sur le point de savoir si les «droits et obligations de caractère civil» du requérant sont affectés. La demande du requérant tendant à obtenir la production de ces éléments de preuve doit donc être rejetée.

B. Arguments concernant les répercussions de l'intervention du Ministre et la position du requérant

1. Le requérant

58. La déclaration d'«inaptitude» prononcée contre lui, et les mesures restrictives prises à l'encontre de l'IGA ont eu, selon le requérant, des incidences pratiques importantes. Il a eu à faire face à ce qui équivaut à une interdiction de pratiquer des activités d'assurance.

59. Les mesures restrictives, en interdisant à l'IGA de faire de nouvelles opérations, ont mis le requérant dans l'impossibilité de pratiquer des opérations d'assurance dans le cadre de la compagnie. Du fait de ces mesures restrictives, toutes les polices renouvelables sur une base annuelle sont venues à expiration au bout d'un an. Il fallait s'attendre à un effondrement total de cette branche d'activité. La compagnie n'avait que peu d'activités à long terme. Elle a été ainsi amenée à maintenir ses engagements au titre des indemnités à verser dans le cadre des polices existantes, tout en se voyant refuser la possibilité d'obtenir un revenu supplémentaire sous forme de primes.

60. La crédibilité du requérant dans le secteur des assurances est aussi fortement entamée, et sa réputation ternie. Même si, (comme en l'espèce), le Ministre ne publie pas les raisons de sa décision, on en déduira que la compagnie manque de ressources financières satisfaisantes, ou que son dirigeant est coupable au minimum de turpitude morale. Les seuls motifs pouvant justifier cette intervention sont très peu flatteurs pour la direction, autrement dit pour le requérant. Le seul moyen de limiter l'impact des accusations implicites est de les rendre publiques, puisque dans le monde des assurances tout repose sur la confiance et la réputation.

61. Il est peu réaliste de prétendre que le requérant trouvera un poste dans le secteur des assurances qui ne soit pas soumis à l'agrément du Ministre. Par ailleurs, on a peine à imaginer ce qu'il peut faire pour écarter la déclaration d'inaptitude. Il peut continuer d'occuper une position dirigeante dans la compagnie, mais il est inutile de conserver la responsabilité d'une compagnie soumise à des restrictions telles qu'elle est menacée de faillite.

62. Le requérant ne saurait admettre que l'avis n'a eu aucune incidence sur les biens de la compagnie, vu que par un autre avis, la compagnie a été obligée d'accroître le montant des actifs en dépôt chez un «trustee» (cf. par. 53 ci-dessus).

63. La déclaration d'inaptitude prononcée contre le requérant, et qui a dû être faite avant l'envoi de l'avis, contient des imputations touchant son comportement et sa réputation. Elle implique que le Ministre le juge coupable de malversations dans la direction de l'IGA. Le public considérera que cette affaire revêt un caractère pénal, même si l'intention criminelle n'est pas clairement établie. La seule autre possibilité pour le public sera de déduire que le requérant est totalement incompétent.

2. Le Gouvernement défendeur

64. Le Gouvernement fait observer que «l'inaptitude» d'un dirigeant de compagnie n'est qu'un motif parmi d'autres justifiant l'exercice du pouvoir d'intervention. Un examen des autres motifs révèle que la loi vise dans tous les cas à assurer la protection du public contre des opérations d'assurance malhonnête.

65. Les pouvoirs conférés au Ministre ne vont pas jusqu'à lui permettre de révoquer la licence d'une compagnie habilitant cette dernière à pratiquer des activités d'assurance. Les restrictions visées à l'article 29 n'affectent pas les relations contractuelles existantes. La compagnie pouvait continuer, et a effectivement continué, de travailler. L'exercice des pouvoirs ne détermine pas le destin de la compagnie, étant donné l'existence du pouvoir, visé à l'article 40 de la loi, d'annuler ou de modifier les restrictions. Lorsque des restrictions sont imposées pour raison d'inaptitude et qu'il y a des changements à la direction de la compagnie, il y a de fortes chances pour que ces restrictions soient levées ou assouplies.

66. Aucune restriction n'est imposée directement au dirigeant concerné dans la présente affaire. Il peut conserver son poste et pratiquer des opérations

d'assurance dans le cadre de la compagnie, sous réserve des restrictions imposées à cette dernière. Il peut chercher un autre poste dans le secteur des assurances. S'il cherche un poste soumis à l'agrément du Ministre, celui-ci devra tenir compte des circonstances liées à son précédent poste de dirigeant, mais sa demande ne sera pas nécessairement rejetée. Chaque cas doit être considéré en soi et eu égard à toutes les circonstances entourant la nouvelle nomination.

67. Les pouvoirs du Ministre en matière de déclaration d'inaptitude n'intéressent que des postes élevés bien déterminés. Il possède d'autres pouvoirs de contrôle sur les nominations. Les pouvoirs qu'il tient de la loi ne visent que les compagnies d'assurance, et non pas d'autres aspects du secteur des assurances comme le courtage d'assurances et la détermination de l'indemnité à verser à l'assuré.

68. La thèse du requérant selon laquelle il serait devenu virtuellement inemployable dans le secteur des assurances manque de fondement en droit ou en pratique. En droit, il est habilité à conserver une fonction dirigeante et à demeurer administrateur délégué. Il peut sous réserve d'une autorisation, prendre un poste analogue dans une autre compagnie. Il peut aussi occuper tout autre poste sans faire l'objet d'un contrôle de la part du Ministre.

Quant aux effets pratiques, la seule publicité qui a été faite autour des motifs de l'avis l'a été par le requérant lui-même.

C. La position du requérant en tant que «victime» au titre de l'article 25 de la Convention

69. Lorsque la requête a été communiquée pour la première fois au Gouvernement défendeur en vue de recueillir ses observations sur sa recevabilité, la Commission a invité le Gouvernement à répondre à la question de savoir si le requérant pouvait se prétendre victime indirecte, au cours de la procédure, d'une violation des droits de la compagnie protégés par l'article 6.

70. Dans ses observations sur la recevabilité, le Gouvernement défendeur a fait observer que le requérant ne se prétendait pas expressément victime indirecte d'une violation des droits garantis à l'IGA par l'article 6. Une violation des droits de la compagnie (violation contestée par le Gouvernement) aurait peut-être pu avoir directement ou indirectement des répercussions sur le requérant en sa qualité d'administrateur et d'actionnaire principal de sociétés qui, à leur tour, possédaient des actions de l'IGA. La Commission a considéré, lors d'une affaire antérieure, qu'un particulier détenant 91% des actions d'une société peut introduire une requête pour violation des droits de ladite société ⁽⁶⁾. Les participations détenues par le requérant dans le capital de l'IGA semblent être inférieures à 91%; le Gouvernement a donc réservé sa position sur ce point sous l'angle de l'article 25 de la Convention.

71. Le *requérant*, dans ses observations sur la recevabilité, a fait valoir qu'il pouvait se prétendre victime indirecte d'une violation des droits de l'IGA.

72. Aucune partie n'a présenté d'autres observations sur cette question à des stades ultérieurs de la procédure.

D. Argumentation relative à l'article 6 de la Convention

1. Le requérant

(a) Argumentation générale concernant le respect de l'article 6 (1)

73. Le requérant fait valoir que dans la procédure en question, il y a eu «détermination» de ses droits et (ou) obligations de caractère civil et qu'en substance il y a eu aussi une accusation en matière pénale dirigée contre lui. Toutefois, il n'a pas été entendu publiquement par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi.

(6) — Requête n.º 1706/62, Recueil de décisions 21, p. 34.

74. Pour savoir s'il devait ou non exercer les pouvoirs que lui confère la loi de 1974, le Ministre ne pouvait que s'en remettre à l'avis des fonctionnaires chargés, d'une part, d'examiner s'il convenait de faire usage de ces pouvoirs, d'autre part, de mener les investigations nécessaires et, en troisième lieu, de déterminer s'il existait des éléments justifiant, à premier examen, de prendre les mesures prévues par la loi. Dans la présente affaire, parmi les fonctionnaires qui ont entendu le requérant se trouvaient d'une part, le fonctionnaire qui a signé le premier avis et qui, forcément, se trouvait pratiquement dans la position du Ministère public, et d'autre part, le Chef de la division des assurances, chargé de conseiller le Ministre. On ne peut pas dire, que ces fonctionnaires étaient impartiaux ou indépendants ou qu'ils constituaient un tribunal. Le Ministre n'a jamais vu ni entendu le requérant. Les seules informations dont il disposait provenaient du rapport établi par son conseiller, rapport dont le requérant n'a pas pu prendre connaissance. Ce conseiller ne pouvait pas être décrit comme indépendant ou impartial, et il ne constituait pas non plus un tribunal.

(b) «Décision sur des contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil»

75. Le requérant fait valoir que sa position est fondamentalement la même que celle dans l'affaire *König* ⁽⁷⁾.

76 La notion de «droits et obligations de caractère civil» est, selon la Cour, une notion autonome ⁽⁸⁾. Tout comme le Dr König, le présent requérant réclame le droit de continuer à exercer ses activités professionnelles, à savoir la direction d'une compagnie d'assurance, pour lesquelles il a obtenu les autorisations nécessaires. La procédure a donc concerné des droits privés ⁽⁹⁾.

(7) — Cour Eur. D.H., arrêt du 28 juin 1978, Série A, vol. 27; Rapport de la Commission adopté le 14 décembre 1976.

(8) — Affaire König, arrêt, par. 89.

(9) — Ibid., par. 91 et 92.

Si la Cour a déclaré (par. 89) que la législation de l'Etat concerné n'est pas dénuée d'intérêt pour décider du point de savoir si des droits et obligations de caractère civil sont en cause, cette observation ne s'applique qu'à l'extension de la portée des droits protégés par la Convention. Elle ne peut limiter le fonctionnement de la Convention. Le caractère autonome de la protection accordée par l'article 6 (1) prend le pas sur les déficiences du droit du Royaume-Uni, qui ne garantit pas une protection accordée par les systèmes de droit d'autres Etats parties à la Convention. L'arrêt König montre que cette protection est accordée en République Fédérale d'Allemagne. Si la protection accordée par la Convention pouvait voir sa portée réduite par le droit interne, elle deviendrait sans valeur.

77. Le Gouvernement fait valoir que la législation interne ne prévoit pas le droit d'exploiter une société d'assurance. Toutefois, les articles 2 et 3 de la loi de 1974 préservent le droit de continuer à mener ces activités lorsque ce droit était exercé antérieurement à l'introduction de la procédure d'autorisation. Le fait que le Ministre soit appelé à statuer sur les questions d'aptitude ne peut pas transformer la nature de l'habilitation à pratiquer ces activités.

78. La pratique d'opérations d'assurance s'analyse comme la réalisation d'activités conformes à la loi et qui créent des droits *inter partes* relevant des «droits et obligations» envisagés par la Convention. Mais la création et la poursuite de l'exploitation de ces activités tombent sous le coup de la Convention.

79. Le droit d'exercer la médecine en Angleterre est limité de semblable façon par la législation. Le titre IV de la loi de 1956 sur la médecine accorde des privilèges aux médecins praticiens agréés. Aux termes de l'article 28 (1), seuls les praticiens agréés sont habilités à occuper certains postes. Le titre 5 de la loi, relatif aux cas de retrait de l'agrément, prévoit une enquête devant une commission disciplinaire et la possibilité de faire appel devant le conseil privé (Privy Council). Il s'ensuit que la reconnaissance du statu de médecin praticien équivaut à la reconnaissance de l'existence de droits et d'obligations. La position du requérant en tant que dirigeant d'une compagnie d'assurance est analogue, et il cherche à ne pas en être privé sans garanties similaires. Il importe peu que les mesures administratives soient prises en vertu de la loi

de 1974, à l'encontre de la compagnie, ou qu'une procédure disciplinaire soit intentée directement au médecin.

80. Par contraste, les lois sur le jeu (Gaming Acts) créent une situation différente, car elles ont trait à l'octroi de licences permettant quelque chose qui est généralement illégal. Le requérant admet que le fait de diriger un casino n'équivaut pas à un droit ou à une obligation reconnu par le droit interne. Toutefois, le fait de pratiquer des opérations d'assurance se trouve dans ce cas, car c'est une activité foncièrement légale.

81. Dans la mesure où le droit interne a un rôle à remplir pour la qualification des droits au regard de la Convention, il est commode de considérer les «droits et obligations» comme équivalant à des «droits et obligations de pratiquer une activité non interdite par le droit général». Dans la mesure où les «droits et obligations» sont un concept autonome, alors conformément à la jurisprudence de la Convention. Les droits et obligations du requérant ont été affectés. La Commission devrait donc conclure que les «droits» et (ou) les «obligations» du requérant et (ou) de l'IGA ont été affectés.

82. Le requérant ne conteste pas que seuls les droits et obligations qui ont été directement affectés par une décision relèvent de l'article 6 (1). Toutefois, l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Ringeisen* ⁽¹⁰⁾ ne constitue pas un précédent pour la thèse du Gouvernement selon laquelle seuls les droits et les rapports préexistants entrent en ligne de compte. Se référant au paragraphe 94 de l'arrêt, il fait valoir que la conclusion de contrats futurs est un droit qui relève de la protection de l'article 6 tout autant que les contrats en cours. En ordre subsidiaire, en tant que personne autorisée à occuper une fonction dirigeante dans une compagnie d'assurance, il a acquis un «statut» qui emporte un droit de caractère civil. La suppression de ce statut affecte le droit de caractère civil du requérant, autrement dit le statut lui-même.

83. Lorsque le Gouvernement laisse entendre que vu que les contrats en cours n'ont pas été affectés par une injonction prise en vertu de l'article 29, aucun droit de caractère civil n'est affecté, il travestit la réalité. Pour poursui-

(10) — Arrêt du 16 juillet 1971, Série A, N° 13.

vre ses opérations, toute entreprise d'assurance a besoin de continuer de percevoir un revenu sous forme de primes. Lorsque la possibilité d'obtenir ce revenu lui est refusée, on ne peut pas dire que la compagnie soit en mesure de poursuivre les activités professionnelles pour lesquelles elle a obtenu l'autorisation nécessaire.

84. La thèse du Gouvernement selon laquelle l'article 6 ne s'applique pas au droit de continuer à pratiquer des opérations d'assurance et de conclure de nouveaux contrats semble être fondée sur l'idée que lorsque ces droits sont contrôlables dans l'intérêt public par une action administrative, autrement dit lorsque l'Etat agit *jure imperii*, ils revêtent le caractère de droits publics. Mais c'est précisément l'argument qui a été soulevé par le Gouvernement allemand dans l'*affaire könig* et qui a été rejeté à la fois par la Commission et par la Cour. Cette affaire est presque exactement semblable à l'*affaire könig*, sauf qu'elle est même encore plus nette, en ce que les responsabilités spéciales accompagnant la pratique de la médecine n'entrent pas en ligne de compte. Les observations faites par la Cour aux paragraphes 91 et 92 de l'arrêt *könig* au sujet du droit de continuer à exercer la médecine et de celui d'exploiter une clinique privée peuvent être appliquées directement par analogie aux faits de la présente affaire, s'agissant du droit du requérant d'exploiter une compagnie d'assurance et de continuer d'exercer le métier d'assureur.

85. Le requérant fait valoir de surcroît que sa réputation a été ternie. Sa position à cet égard est la même que celle mentionnée dans le premier avis de la majorité de la Commission dans l'*affaire könig* (Rapport, par. 78), à savoir qu'il n'y a pas eu seulement une décision administrative dans l'intérêt public, mais aussi une déclaration quant à son aptitude professionnelle ou à sa bonne conduite, autrement dit un aspect essentiel de sa réputation. L'article 6 (1) est applicable pour cette raison également.

86. Des «obligations» ont aussi été en litige en l'espèce, comme dans l'*affaire könig*, encore qu'il n'ait pas été fait de distinction claire entre les droits et les obligations. L'autorisation accordée à la compagnie a comporté le droit de contracter des obligations sous la forme de contrats d'assurance. Ces obligations ont été affectées par la décision. Des obligations légales sont aussi im-

pliquées dans l'octroi de l'autorisation. Le Règlement de 1968 sur les compagnies d'assurance (comptes et formulaires) (S.I. 1968 N.º 1408) impose certaines obligations en ce qui concerne la certification des comptes. On ne peut contester qu'il y ait eu manquement technique aux dispositions (art. 3 (a)) concernant les certificats relatifs à la valeur des actifs. La question n'est donc pas de savoir s'il y a eu manquement aux obligations, mais si le manquement a été commis de bonne foi et en croyant qu'il était justifié dans les circonstances.

87. Aucune obligation légale n'a été mentionnée dans les motifs que le Ministre a invoqués dans l'avis du 4 novembre 1975, pour conclure à l'inaptitude du requérant. Toutefois, le comportement incriminé aurait équivalu à un manquement à cette obligation. En l'absence de raisons justifiant sa décision, raisons qu'il n'est pas obligé de donner, il est difficile de savoir s'il a voulu déclarer le requérant coupable d'une violation de la réglementation sur les comptes ou si sa décision a été inspirée uniquement par l'idée que toute cette histoire de police d'assurance était un peu trop louche pour qu'il continue d'avoir confiance dans le requérant. Toutefois, on doit en déduire que les motifs ont été établis *in toto* et, dans la mesure où la décision a été basée sur le premier motif (signature des comptes) dans l'avis, il est clair qu'on peut en déduire que le Ministre a jugé que la disposition pertinente de la réglementation n'a pas été respectée.

88. Les droits en question ont revêtu un «caractère civil» pour les raisons indiquées. Ils sont en partie contractuels et en partie patrimoniaux. Le requérant et l'IGA ont été empêchés de conclure de nouveaux contrats d'assurance. La compagnie a été forcée de faire de nouveaux dépôts auprès de «trustees». En outre, les droits en question ont été apparentés à des droits patrimoniaux de la même façon que la Cour avait estimé que les droits du Dr. König l'étaient.

89. Quant à la question de savoir s'il y a eu une «détermination» de droits ou d'obligations de caractère civil, la thèse du Gouvernement basée sur le fait que l'affaire se rapporte à une décision d'autorités administratives (et non d'un tribunal comme dans l'affaire *König*, ou d'une «commission régionale» comme dans l'affaire *Ringeisen*) ne peut avoir gain de cause. Le fait

même que le Royaume-Uni ne possède pas de tribunaux administratifs et que sa cause, à lui requérant, n'ait pas été entendue par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, est le fondement même de son grief. Non seulement il prétend que ceci a violé l'article 6 (1) mais encore que l'absence d'un recours interne susceptible de lui accorder réparation de cette violation (comme il a été constaté dans la décision de la Commission sur la recevabilité) est contraire à l'article 13. L'argument du Gouvernement ne tient pas suffisamment compte de la nature autonome de la «détermination» et tente d'invoquer la violation même de la Convention qui est incriminée. L'absence d'un tribunal interne ne peut modifier les caractéristiques de ce qui est manifestement une «détermination».

(c) «Décision portant sur le bien-fondé de toute accusation en matière pénale»

90. Les allégations contenues dans l'avis du 4 novembre 1975 concernaient des infractions pénales relevant en particulier de l'article 61 de la loi de 1974. Il était allégué que le requérant «savait» ou avait des «raisons de penser» que ce qui avait été fait était malhonnête. Si l'intention n'a pas été d'alléguer des infractions pénales, le texte aurait pu être conçu différemment, par exemple à partir de l'idée que l'inexactitude ou le caractère fallacieux des comptes était le fruit de la négligence ou de l'incompétence. Que la procédure pénale soit une procédure distincte est dépourvu de pertinence. Ce qui importe, c'est la situation réelle. La seule question était de savoir si le requérant savait ou avait des raisons de penser que ce qui avait été fait était malhonnête. Aucune accusation n'ayant été portée contre lui, il n'a eu aucune possibilité de laver sa réputation, et ses droits et obligations de caractère civil ont fait l'objet de graves restrictions.

91. D'une manière générale, les pouvoirs de surveillance du Ministre ont un caractère disciplinaire, comme dans l'*affaire Engel*. Comme la Cour l'a précisé dans l'arrêt *Engel* (par. 91), les Etats ne sauraient éviter l'application de l'article 6 en qualifiant de disciplinaire une infraction pénale. Il s'agit, dans la présente affaire, d'une infraction mixte. En la traitant comme une infraction disciplinaire, le Ministre porte une accusation en matière pénale sans passer par la procédure qui permettrait d'établir l'innocence ou la culpabilité.

(d) Conclusion pour ce qui est de l'article 6

92. Pour ces raisons, le requérant fait valoir que l'article 6 (1) était applicable et n'a pas été respecté en l'espèce.

2. Le Gouvernement défendeur

(a) «Décision sur des contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil»

93. Le Gouvernement fait valoir (i) qu'aucun droit ou obligation n'est affecté, (ii) qu'aucun droit ou obligation qui est affecté ne revêt un caractère «civil» et (iii) qu'en tout état de cause il n'y a pas «décision» sur des contestations portant sur des droits ou obligations. A l'appui de ces thèses, il avance les arguments suivants:

— i. «Droits» et «obligations»

94. La notion de «droits et obligations de caractère civil» est autonome et ne doit pas être interprétée exclusivement par référence à la législation interne. Néanmoins, cette législation n'est pas dénuée d'intérêt pour rechercher si des «droits de caractère civil» sont en cause (arrêt *König*, par. 89). Il en va de même lorsqu'il s'agit de savoir si les «droits» ou les «obligations» dont on prétend qu'ils ont été «déterminés» sont effectivement des droits ou des obligations. Ceci a été confirmé par l'arrêt *König*, dans lequel il est souligné que le droit de pratiquer la médecine et celui de diriger une clinique privée sont garantis par l'article 12 de la Loi fondamentale, et il n'est pas contesté que la procédure a concerné des «droits» au regard de la loi interne (par. 22 et 87).

95. Le contenu matériel et les effets en droit interne d'un prétendu «droit» ou d'une prétendue «obligation» entrent en ligne de compte d'une

manière générale pour la détermination des questions se posant sous l'angle de l'article 6 et la limitation que le requérant cherche à placer sur le caractère général des observations de la Cour (pour dire qu'elles n'étaient pertinentes que pour étendre les droits protégés par la Convention) est injustifiée.

96. Dans la mesure où le requérant paraît invoquer un «droit» ou une «faculté» d'exploiter une compagnie d'assurance, le Gouvernement fait valoir en premier lieu que sous réserve de certaines exceptions légales non pertinentes en l'espèce, aucun droit ou faculté au sens d'une prétention qu'on peut faire valoir en justice n'est accordé à une compagnie pour créer et pratiquer des opérations d'assurance. Il est (généralement) interdit aux compagnies de pratiquer ces activités, sauf lorsqu'elles disposent d'une autorisation accordée par le Ministre. L'octroi de cette autorisation est à la discrétion du Ministre. Aucun véritable droit de bénéficier de cette autorisation n'est conféré par la législation aux compagnies satisfaisant aux critères tels que le standing financier, la probité ou la compétence. La position de la profession médicale est différente, car on est en présence d'un individu possédant les qualifications adéquates et satisfaisant aux exigences légales pertinentes et qui a le droit d'être agréé et d'exercer sa profession. Un individu (sauf exceptions marginales) n'est pas habilité à pratiquer des opérations d'assurance ou susceptible d'être autorisé à le faire. La pratique d'opérations d'assurance par un individu ou une compagnie ne satisfaisant pas aux exigences de la loi de 1974 est illégale et constitue une infraction à l'article 11 de la loi de 1974. Il n'y a pas de différence avec la situation en ce qui concerne les licences attribuées aux directeurs de casino. Dans l'un et l'autre cas, la licence ou l'autorité pertinente rend légal ce qui serait illégal autrement.

97. En l'absence d'un véritable droit, le refus du Ministre d'accorder une autorisation à une compagnie ne peut soulever une question sous l'angle de l'article 6. Aucun «droit» pertinent ne serait affecté. Il n'y a pas de différence en principe entre ce cas et le cas dans lequel l'autorisation est accordée sous réserve de limitations, ou encore le cas dans lequel la portée de l'autorisation est ultérieurement restreinte ou modifiée par l'effet d'un avis imposant des restrictions.

98. Aucun «droit» pertinent du requérant n'est affecté. Il n'a aucun droit de pratiquer des opérations d'assurance (et il n'en pratique pas). Seule l'IGA

le fait. Aucun «droit» d'occuper une fonction dirigeante dans une compagnie d'assurance n'est affecté, vu que le requérant est libre de continuer d'occuper cette position, ce qu'il fait. De même, aucune «obligation» du requérant se rapportant à la conduite des affaires de l'IGA n'est en cause. La personne qui occupe une position dirigeante n'est pas soumise à une obligation juridique d'agir avec «aptitude». Les obligations légales, assorties de sanctions, qui ont été imposées au requérant en tant que dirigeant de l'IGA ne sont ni déterminées ni affectées par la décision du Ministre.

99. En conséquence, aucun «droit» ou «faculté» n'est accordé au requérant ou à l'IGA pour entreprendre ou pratiquer des opérations d'assurance, et aucune «obligation» pertinente n'est imposée au requérant ou à l'IGA qui soit ou qui aurait pu être «déterminée» ou affectée par la Ministre.

— ii. «Droits et obligations de caractère civil»

100. Dans l'affaire *König*, la Cour a jugé que les droits du requérant de continuer à exploiter une clinique privée et celui de continuer à exercer la profession médicale revêtent un caractère privé et sont donc des droits «de caractère civil» au sens de l'article 6. Elle n'a pas jugé utile de rechercher si des «droits et obligations de caractère civil» englobent des droits relevant du droit public. Il convient de distinguer entre les droits relevant du droit privé et qui bénéficient de la protection de l'article 6, et ceux relevant du droit public et qui ne bénéficient pas de cette protection. Cette distinction, qui n'est pas affectée par l'arrêt *König*, est confortée par la jurisprudence de la Commission, notamment l'avis du premier groupe de la majorité et celui de la minorité dans l'affaire *König*. Invoquant ces avis, le Gouvernement présente la thèse suivante:

- (1) L'expression «de caractère civil» révèle que l'article 6 couvre non seulement les droits et obligations prenant naissance entre des individus à l'occasion de leurs rapports réciproques, mais encore des droits et obligations analogues aux droits et obligations de «droit civil» au sens strict du terme;

- (2) Les personnes morales, l'Etat et les organismes publics peuvent ainsi avoir des droits et obligations «de caractère civil», par exemple en vertu d'un contrat d'achat ou de vente;
- (3) L'Etat, outre qu'il agit *jure gestionis* comme dans la rubrique (2), peut agir *jure imperii*, autrement dit dans l'exercice de ses pouvoirs législatifs, administratifs ou publics. Il en est ainsi lorsqu'il applique ou impose la loi à l'égard d'individus ou qu'il prend d'autres décisions dans l'intérêt public;
- (4) En règle générale, la relation entre l'individu et l'Etat agissant *jure imperii* ne donne pas naissance à des droits et des obligations de caractère civil. De même, les décisions ou les actes de l'Etat intervenant en cette capacité ne donnent pas naissance à pareils droits ou obligations; l'exercice de pouvoirs étatiques ou gouvernementaux dans l'intérêt public aboutit à priver le droit en question de son caractère civil;
- (5) Si l'article 6 s'applique à toute décision de l'Etat faisant usage de ses pouvoirs de surveillance dans l'intérêt public, il aboutit pratiquement à garantir un contrôle judiciaire de l'action de l'Etat lorsque celle-ci affecte des droits individuels. La majorité des Etats serait placée dans une situation irrégulière au regard de l'article 6, vu que ses exigences concernant la publicité de l'audition et de la décision ne seraient pas satisfaites dans de nombreux cas où les pouvoirs gouvernementaux sont exercés dans l'intérêt public.
- (6) Cette conclusion serait incompatible avec les intentions des Hautes Parties Contractantes ainsi qu'avec la pratique des Etats dans l'exercice des pouvoirs administratifs. A cet égard, le Gouvernement rappelle les observations de la majorité de la Commission dans l'*affaire Ringeisen* concernant les limites communes assignées à la portée du contrôle judiciaire des décisions administratives dans les Etats membres du Conseil de l'Europe (Rapport, p. 72);

- (7) Ces observations sont confortées par la pratique des Etats dans le domaine des assurances. Un examen révèle que dans 19 Etats membres du Conseil de l'Europe, les compagnies d'assurance font l'objet de la part des autorités administratives d'un contrôle plus étroit que celui qui existe à l'égard des autres sociétés. Dans 17 Etats, il existe des pouvoirs d'intervention directe sous la forme de l'octroi d'une licence ou d'une autorisation de fonctionnement et (apparemment), de retrait de l'autorisation si la compagnie n'observe pas la réglementation. Dans 11 pays (sur les 15 examinés), les pouvoirs des tribunaux ne peuvent faire davantage que contrôler la légalité de la décision, sans pouvoir procéder à un examen complet de son bien-fondé. Dans les quatre pays restants, il semble qu'il y a une possibilité de recours devant un tribunal, mais il est difficile de savoir si ce dernier peut faire prévaloir sa propre décision;
- (8) La distinction entre les droits de caractère public et les droits de caractère privé est confortée par la version française de l'article 6 et a été appliquée par la Commission dans des décisions concernant un large éventail d'actes administratifs faits dans l'intérêt public et affectant directement les intérêts des particuliers. Ainsi, la Commission a jugé que des décisions concernant l'élargissement d'une rue ⁽¹¹⁾, la fiscalité ⁽¹²⁾, les cotisations de sécurité sociale ⁽¹³⁾, la libération de détenus ⁽¹⁴⁾ et l'entrée dans la fonction publique ⁽¹⁵⁾ ne relèvent pas de la protection de l'article 6.

(11) — Requête N° 5428/72, Recueil de décisions 44, p. 49.

(12) — Requête N° 1094/64, Annuaire IX, p. 268; Requête N° 2145/64, Annuaire VIII, p. 282.

(13) — Requête N° 2248/64, Annuaire A, p. 170.

(14) — Requête N° 609/59, Annuaire IV, p. 340.

(15) — Requête N° 1931/63, Annuaire VII, p. 212; Requête N° 3987/69, Recueil de décisions 32, p. 61.

- (9) De même, les lois et règlements en vertu desquels les autorités administratives accordent des autorisations ou édictent des interdictions dans l'intérêt public appartiennent au domaine du droit public, et aucun «droit de caractère civil» («civil right») n'est affecté par un acte administratif fait en vertu de ces dispositions.

101. Dans l'*affaire König*, le premier groupe de la majorité de la Commission ainsi que la Cour ont fait distinction, sur le terrain de l'article 6, entre la situation du détenteur d'une licence à un moment donné et celle du demandeur d'une licence (*Arrêt, par. 91*). La Cour semble avoir fondé cette distinction sur le motif que lorsqu'un individu détient une licence pour pratiquer un commerce ou une profession libérale, des droits relevant du droit privé prennent naissance normalement à l'occasion de cette pratique. La décision relative à une licence en cours de validité affecte automatiquement ces droits, et le droit de continuer d'exercer la médecine et celui d'exploiter une clinique privée sont ainsi des droits de caractère «civil» sous l'angle de l'article 6. La décision de la Cour est fondée sur son raisonnement dans l'affaire *Ringeisen*, dans laquelle elle a tenu compte des effets de la décision administrative sur les droits et relations contractuels privés préexistants du requérant (*Ringeisen, Arrêt, par. 94*).

102. Les arrêts *Ringeisen* et *König* ne déclarèrent pas que toutes les décisions des autorités publiques affectant les droits et obligations de droit privé sont soumises à l'article 6 et doivent faire l'objet d'un contrôle complet de la part d'un tribunal satisfaisant aux exigences de l'article 6 et capable de substituer sa propre décision à celle des autorités administratives. Cela serait incompatible avec la pratique des Etats contractants, la jurisprudence de la Commission et l'intention des auteurs de la Convention. Les arrêts proposent deux limitations. En premier lieu, il convient de ne prendre en considération que les droits et obligations directement affectés par la décision. Ceci est admis par le requérant et confirmé par la décision de la Commission dans la requête 7902/77 ⁽¹⁶⁾ et l'opinion dissidente du Juge Matscher dans l'affaire Kö-

(16) — X. c/ Royaume-Uni, Décisions et Rapports 7, p. 224.

nig. En second lieu, seuls les droits et obligations préexistants entrent en ligne de compte. Dans l'*affaire Ringeisen*, la Cour a précisé qu'à la date du refus de l'agrément par la Commission de district, le requérant avait d'ores et déjà des rapports contractuels avec le couple Roth (par. 94). Si la thèse du présent requérant tendant à prouver le contraire était correcte, la distinction établie dans l'affaire König entre l'*admission* à la pratique de la médecine et la *poursuite* de la pratique perdrait de sa validité. Le refus d'admettre une personne à la pratique de la médecine affecterait également, si le requérant avait raison, les droits et obligations de caractère civil, car il priverait l'individu de la possibilité de conclure des contrats à l'avenir.

103. La décision du Ministre n'a pas affecté les droits, obligations ou relations privés préexistants du requérant ou de l'IGA. Quant à cette dernière, une injonction prise en vertu de l'article 29 n'a affecté que la possibilité de conclure de nouvelles affaires. Elle n'a pas affecté les droits et obligations contractuels existants vis-à-vis de ses assurés, non plus que ses rapports avec ses administrateurs et ses salariés, y compris l'intéressé, non plus que ses droits patrimoniaux. Les droits et obligations de caractère civil du requérant n'ont pas été affectés eux non plus. Sa position en tant que dirigeant de la compagnie n'a pas été affectée.

104. Quant à la question de la réputation, la conclusion de la première de la Commission dans l'*affaire König*, selon laquelle le retrait de la licence du requérant a représenté une déclaration relative à son aptitude professionnelle ou à sa bonne conduite, autrement dit à un aspect essentiel de sa réputation, n'a pas été suivie par la Cour. L'arrêt ne laisse aucunement entendre que le droit à la réputation soit entré en ligne de compte. De même, dans l'*affaire Ringeisen*, la Cour n'a pas jugé que le droit du requérant, de caractère civil, avait fait l'objet d'une décision, même si le refus d'accorder l'autorisation était basé sur des doutes quant à son intégrité. La raison dans chaque affaire est que les effets sur la réputation étaient trop éloignés. De même, en l'espèce, réputation. Si son aptitude a été à la base de la décision (comme dans les *affaires König* et *Ringeisen*), l'effet de la décision sur sa réputation n'a pas été suffisamment direct ou immédiat pour faire du droit à la réputation un droit civil pertinent sous l'angle de l'article 6.

105. En conséquence, aucun droit ou obligation pertinent de caractère civil du requérant ou de l'IGA sous l'angle de l'article 6 n'a été affecté par la décision du Ministre.

— iii. «**Décision sur des contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil**»

106. L'arrêt de la Cour dans l'*affaire Ringeisen* (par. 94) a mis en lumière deux aspects de l'interprétation de l'article 6 et en particulier les mots «décidera» («determination») et «contestation» («cause»). En premier lieu, la référence à une «contestation» montre qu'elle était censée se rapporter seulement à une affaire ou à une procédure entre des parties (*Ringeisen*) ou à une contestation (*arrêt König, par. 87*) concernant des droits de caractère civil. De même, la référence à une «cause» implique l'existence d'une contestation entre parties pouvant être soumise à un tribunal de l'ordre judiciaire ou administratif (court of law or tribunal).

107. En second lieu, le mot «décidera» connote une décision sur le bien-fondé, dont la finalité caractérise le processus judiciaire. Ceci est confirmé par l'usage du mot «jugement», qui implique l'idée d'un règlement judiciaire d'une contestation. Cette interprétation est confortée également par la jurisprudence antérieure de la Commission, dans laquelle l'article 6 (1) a été jugé s'appliquer seulement aux procédures devant les tribunaux de l'ordre judiciaire⁽¹⁷⁾.

108. Les garanties de l'article 6 peuvent être étendues aux procédures devant les tribunaux administratifs qui, bien que n'étant pas des tribunaux au sens strict du terme, assument des fonctions très analogues à celles d'un tribunal. Elles ne pourraient pas être étendues à toutes les décisions administratives susceptibles d'affecter des droits privés. Semblable extension ferait relever de l'article 6 le large éventail de pouvoirs conférés aux autorités administratives dans chaque domaine, au Royaume-Uni comme dans les autres pays, si leur

(17) — Requête N° 1329/62, recueil de décisions 9, p. 28.

exercice affectait des droits privés. L'article 6 réglement seulement la conduite des procédures permettant de trancher les contestations entre des parties concernant des droits et obligations de caractère civil et pouvant être soumises aux tribunaux de l'Etat intéressé. La décision du Ministre en l'espèce ne constitue pas une telle décision vu (i) qu'il n'existe pas de «contestation» («cause») entre les parties et (ii) que la décision ne vise pas à déterminer de manière définitive les droits ou obligations des parties à cette «contestation» («cause»).

109. Cette thèse compatible avec les arrêts *König* et *Ringeisen*. Dans l'*affaire König* (contrairement à la présente), la décision de l'autorité administrative (autrement dit le «Regierungspräsident» qui a retiré les licences) n'a pas été en cause. Il n'a jamais été suggéré que sa décision, ou la procédure disciplinaire devant les tribunaux professionnels, devait rendre applicables les garanties de l'article 6. Seule l'action devant le tribunal administratif a été en cause (par. 18 et 85 de l'Arrêt). La décision du «Regierungspräsident» n'a pas donné lieu à une contestation sous l'angle de l'article 6, vu que lorsqu'elle a été prise, il n'y avait pas de «contestation» («cause») dans laquelle les droits de caractère civil du Dr. König auraient pu devoir être déterminés. En outre, la décision de retirer les licences du Dr. König, bien que fondée sur des constatations quant à sa diligence, ses connaissances et son aptitude, ne visait pas à «déterminer» les droits de caractère civil en cause dans cette «contestation». La «contestation» pertinente n'est apparue que lorsqu'il a intenté une procédure pour attaquer le bien-fondé du retrait et qu'il a saisi les tribunaux pour trancher le différend entre lui-même et le «Regierungspräsident».

110. De même, dans l'*affaire Ringeisen*, le grief sous l'angle de l'article 6 ne visait pas la décision de la Commission de district compétente de refuser l'homologation du contrat, mais celle de la Commission régionale devant laquelle le refus avait été attaqué, commission que la Cour a assimilée à un tribunal (par. 95).

111. Dans la présente affaire, si les garanties de l'article 6 sont d'application, elles s'appliquent non pas à la décision du Ministre, mais à toute procédure intentée pour en contester la légitimité. Si le requérant avait contesté la décision en sollicitant un contrôle judiciaire, les garanties procédurales de l'article 6 auraient été satisfaites.

112. La thèse du requérant concernant l'absence de tribunaux administratifs et le fait qu'il n'ait pas été entendu par un tribunal (par. 89 ci-dessus) est fautive. La «Cour divisionnaire» est un «tribunal administratif», en ce sens qu'elle peut contrôler la légalité et la légitimité des décisions administratives. Le fait que ses pouvoirs de contrôle ne lui permettent pas de substituer sa propre décision à celle du Ministre n'entraîne pas une violation de l'article 6. Comme la majorité de la Commission l'a fait observer dans l'affaire *Ringeisen*, un trait commun aux systèmes, très différents, de contrôle judiciaire réside dans le fait qu'il existe certains éléments de pouvoir discrétionnaire de l'administration qui ne peuvent pas être contrôlés par un juge et, si l'autorité a agi correctement et légalement, le juge pourra rarement rechercher si sa décision est bien fondée (Rapport Ringeisen, p. 72). Dans le domaine des assurances, la situation au Royaume-Uni ne diffère pas sensiblement à cet égard de celle prévalant dans nombreux autres Etats membres.

113. Les restrictions visées à l'article 29 peuvent être imposées pour des raisons d'insolvabilité. A cet égard, le Ministre a un large pouvoir discrétionnaire, qui ne s'accompagne pas des garanties procédurales de l'article 6 (1). Toutefois, cette décision ne contreviendrait pas à l'article 6, vu qu'elle ne constituerait pas une décision définitive et contraignante portant sur une «contestation» mettant en jeu les droits de caractère civil de la compagnie. Cette «contestation» ne prendrait naissance que si la décision du Ministre était contestée devant les tribunaux.

114. Le fait que le présent requérant ait eu la possibilité de présenter des observations oralement ne modifie pas la situation. Dans l'affaire *Irlande c/Royaume-Uni*, la Commission a estimé que l'introduction de caractéristiques quasi-judiciaires dans les procédures de détention ne modifiait pas la nature des procédures au regard de la Convention (Rapport, p. 94). Le même raisonnement s'applique ici. Le droit de présenter des observations ne modifie pas la nature de la décision du Ministre et ne la transforme pas en une «décision» sur des contestations portant sur des droits de caractère civil du requérant sous l'angle de l'article 6 (1).

— iv. **Conclusion**

115. En conclusion, le Gouvernement invite la Commission à dire que la décision du Ministre n'a pas constitué une «décision sur des contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil» du requérant ou de l'IGA, et que l'article 6 (1) est donc inapplicable aux faits de l'espèce.

(b) Décision portant sur le bien-fondé de toute accusation en matière pénale

116. La Commission devrait rejeter le grief selon lequel le requérant a eu à faire face à une accusation en matière pénale, tout comme elle a rejeté un grief analogue dans l'affaire *könig*.

117. Si l'on peut se demander dans quelle mesure les critères mentionnés par la Cour dans l'affaire *Engel* ⁽¹⁸⁾ sont applicables ici, ils n'en fournissent pas moins certaines précisions sur le point de savoir si une accusation en matière pénale est en cause. En premier lieu, s'il existe une similarité entre les motifs énoncés dans l'avis adressé au requérant et les faits constitutifs d'une infraction pénale conformément à l'article 61 de la loi de 1974, les deux ne sont pas identiques. Les faits sur lesquels la déclaration d'incapacité est fondée sont plus étendus et moins spécifiques que ceux constituant une infraction, et éléments de fausseté et d'imprudence ne sont pas nécessairement présents. En second lieu, une instance pénale et une procédure de déclaration d'incapacité servent des fins différentes, l'objectif de la dernière étant seulement de protéger le public d'une mauvaise gestion. En dernier lieu, aucune sanction n'a été imposée. L'affirmation selon laquelle il y a eu une décision portant sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale devrait donc être rejetée. L'article 6 n'est donc pas applicable pour ce motif non plus.

(18) — Cour eur. D.H., *Engel et autres*, Série A, N.º 22.

E. Argumentation concernant l'article 13 de la Convention

1. Le requérant

118. Au cours de la procédure devant la Commission, le requérant a présenté divers arguments fondés sur l'article 13 de la Convention. Dans ses observations écrites sur la recevabilité, il a fait valoir que l'article 6 doit être interprété en liaison avec l'article 13. Du fait de l'article 13, le droit interne devrait prévoir une procédure par laquelle il pourrait se plaindre du non-respect de l'article 6 (1).

Les pouvoirs de surveillance de la «Haute Cour» ne lui ont pas permis d'invoquer une violation de l'article 6 (1). A l'audience devant la Commission il a cité un certain nombre d'auteurs qui ont traité du rapport entre les articles 6 (1) et 13 et a fait valoir que l'absence d'un recours effectif en l'espèce rend ces articles applicables ⁽¹⁹⁾. Dans ses observations écrites sur le fond, il a fait valoir que l'absence de recours interne (absence constatée par la Commission dans sa décision sur la recevabilité) susceptible de lui accorder réparation au titre d'une violation de l'article 6 (1) est contraire à l'article 13 (cf. par 89 ci-dessus).

2. Le Gouvernement défendeur

119. Le Gouvernement ne présente pas d'arguments spécifiques sur le terrain de l'article 13 de la Convention. Dans ses observations sur le fond, il a demandé la possibilité de le faire au cas où une question se posant sur le terrain de l'article 13 présenterait de l'intérêt pour le règlement de la présente affaire.

⁽¹⁹⁾ — «Human Rights in national and international Law», éd. Robertson, 1965, pp. 196-197; Robertson, «Human Rights in Europe», 2nd edition 1977, p. 105; Jacobs, «The European Convention on Human Rights», pp. 215-216.

IV. AVIS DE LA COMMISSION

A. Les points en litige

120. Les principaux points en litige sont les suivants:

- i. le requérant a-t-il été victime d'une violation de l'article 6 (1) de la Convention, pour autant que celui-ci garantit à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, étant donné:
 - (a) que la déclaration d'inaptitude et l'imposition de mesures restrictives ont été le fait du Ministre et non d'un tribunal répondant aux exigences de l'article 6 (1); et (ou)
 - (b) qu'aucune procédure d'appel n'existait par laquelle le bien-fondé de la décision du Ministre aurait pu être contrôlé par un tribunal.
- ii. Le requérant s'est-il vu refuser le droit, protégé par l'article 6 (1), à ce que sa cause fût entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial qui aurait décidé du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre lui;
- iii. dans les circonstances de l'espèce, le requérant s'est-il vu refuser le droit à l'octroi d'un recours effectif devant une autorité nationale, garanti par l'article 13 de la Convention.

B. Article 6 (1)

121. Le requérant se plaint de ce que dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de 1974, le Ministre a estimé qu'il n'était pas apte

à diriger l'IGA et que, sur la base de cette déclaration, il a décidé de restreindre la possibilité pour la compagnie de mener ses activités, sans que lui-même ou la compagnie ait eu la possibilité de se faire entendre dans des conditions répondant aux exigences de l'article 6 (1) de la Convention

L'article 6 (1), dans la mesure où il est pertinent, dispose dans sa version anglaise:

«In the determination of his rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law...»

La version française est la suivante:

«Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle...»

122. Le requérant fait valoir tout d'abord que la déclaration d'inaptitude prononcée à son encontre et la décision d'imposer des restrictions aux activités de la compagnie ont porté atteinte à ses «droits et obligations de caractère civil» ainsi qu'à ceux de la compagnie. En second lieu, il soutient que les allégations dont il a fait l'objet ont équivalu, en substance, à une accusation en matière pénale. L'article 6 (1) était donc applicable et conférait à lui-même et à la compagnie le droit d'être entendu par un tribunal indépendant et impartial, ce qui n'a pas été le cas.

123. Le Gouvernement défendeur fait valoir que l'article 6 (1) n'est pas applicable, quel que soit l'argument de départ invoqué par le requérant. Il ne prétend pas que dans les procédures qui ont été suivies, le requérant et la compagnie ont été effectivement entendus par un tribunal répondant aux exigences de fond de l'article 6 (1). Mais il prétend que dans les circonstances de l'espèce, ils n'étaient pas habilités à être entendus, parce que cette disposition n'était pas applicable.

124. Il n'est donc pas contesté — et il est évident selon la Commission — que ni la Ministre ni les fonctionnaires qui ont entendu les observations présentées par le requérant et la compagnie ne constituaient un «tribunal» au sens de l'article 6 (1). De même, leur cause n'a pas été «entendue publiquement». La question essentielle porte sur la manière dont, et la mesure dans laquelle, l'article 6 est applicable (à supposer qu'il s'applique effectivement) aux procédures administratives de cette nature. En particulier, la Commission doit rechercher si l'article 6 était bien applicable et, dans l'affirmative, s'il était applicable aux procédures qui ont effectivement eu lieu, ce qui aurait habilité le requérant à faire prendre les décisions pertinentes en premier lieu par un organe judiciaire conformément aux procédures répondant aux exigences de l'article 6 (1). Dans la négative, il reste à savoir si ledit article habilitait le requérant à faire examiner à nouveau et complètement le bien-fondé des décisions pertinentes par un tribunal ayant compétence pour substituer sa décision à celle du Ministre.

125. La Commission souligne dès l'abord qu'elle ne se préoccupe pas, quant à elle, du bien-fondé des décisions du Ministre et, en particulier, de la question de savoir s'il a eu raison ou tort de prononcer la déclaration d'inaptitude à l'encontre du requérant. L'affaire porte sur les procédures qui ont été suivies ou qui étaient disponibles. En outre, la Commission ne juge pas pertinente la question de savoir si le Ministre ou les fonctionnaires relevant de lui ont considéré les points incriminés comme affectant les droits et obligations de caractère civil du requérant. Les questions en litige sur le terrain de l'article 6 doivent être résolues, selon la Commission, à la lumière d'un examen objectif des faits et du droit interne pertinents, et non par référence à une attitude ou à des opinions que les autorités nationales ont pu avoir à l'égard de ces questions. Les faits et le droit pertinents ont été exposés en détail par les parties et ne donnent lieu pour l'essentiel, à aucune contestation. La Commission ne juge donc pas nécessaire de demander la production d'éléments de preuve supplémentaires, notamment une copie du rapport établi par les fonctionnaires à l'intention du Ministre, comme le requérant le demande.

126. La Commission examine les questions se posant sur le terrain de l'article 6 (1) du point de vue, en premier lieu, des «droits et obligations de caractère civil» et, en second lieu, d'une «accusation en matière pénale».

«Décision sur des contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil»

127. Le requérant a fait valoir que sa situation est fondamentalement la même que celle du requérant dans l'*affaire König*,⁽²⁰⁾ dans laquelle la Cour a jugé que l'article 6 (1) est applicable aux procédures concernant le droit de continuer à exploiter une clinique privée et celui de continuer à exercer la profession médicale (*Arrêt du 28 juin 1978, Série A, N.º 27, par. 91-94*). Il invoque la déclaration de la Cour dans l'*affaire Ringeisen*,⁽²¹⁾ qu'elle a reprise dans l'*affaire König*, selon laquelle l'article 6 (1) «couvre toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé» (*Série A, N.º 13, p. 39, par. 94*). Il soutient que la «procédure» en cause en l'espèce a été déterminante pour divers droits de caractère privé appartenant à lui-même ou à l'IGA (cf. par. 75-89 ci-dessus) et qu'en conséquence l'article 6 (1) s'appliquait.

128. Le Gouvernement conteste ceci et prétend tout d'abord qu'aucun «droit ou obligation» du requérant ou de l'IGA n'a été affecté. En second lieu, il soutient que même si des droits ou des obligations ont été affectés, ils n'avaient pas un caractère «civil». En dernier lieu, il fait valoir qu'en tout état de cause, il n'y a pas eu de «décision» sur des contestations portant sur des droits ou des obligations.

129. Tout d'abord, la Commission note que la compagnie (l'IGA) n'est pas elle-même partie à la présente procédure, bien que les restrictions édictées par le Ministre lui aient été notifiées à elle, et non au requérant en personne. Au stade de la recevabilité, la Commission a soulevé avec les parties la question de savoir si le requérant était habilité à se prétendre victime indirecte de violations des droits de la compagnie sous l'angle de l'article 6. Le Gouvernement défendeur a réservé sa position sur ce point à ce stade (cf. par. 69-72 ci-dessus). Pendant toute la procédure ultérieure, il a soutenu qu'il n'y avait pas eu «décision» sur des contestations portant sur des droits et des obligations de caractère civil du requérant en personne ou de la compagnie, mais il n'a pas contesté le droit du requérant, sous l'angle de l'article 25 de la Con-

(20) — Publicado em Documentação e Direito Comparado, n.º 2, pág. 373.

(21) — Sumariado em Documentação e Direito Comparado, sob n.º 14, no n.º 4, pág. 274.

vention, de se plaindre de la procédure, dans la mesure où son issue pouvait affecter des «droits ou des obligations de caractère civil» de la compagnie, par opposition à ses propres droits et obligations de caractère civil.

130. La Commission relève que mis à part les affets que la procédure a pu avoir sur les droits et obligations personnels du requérant, celui-ci avait un intérêt manifeste pour l'issue de la procédure, dans la mesure où elle affectait la compagnie. Cela traitait aux participations qu'il possédait dans la compagnie ainsi qu'à sa position de dirigeant.

131. Dans une précédente affaire, la Commission a jugé qu'un actionnaire majoritaire peut se prétendre «victime» sous l'angle de l'article 25 de la Convention, d'une décision affectant les droits patrimoniaux de la société (*Requête N.º 1706/62, X. c/Autriche, Recueil de décisions 21, p. 34*). Elle considère que le présent requérant a aussi un intérêt suffisamment direct pour se prétendre victime, sous l'angle de l'article 25 de la Convention, dans la mesure où les droits de l'IGA, et les siens propres, ont été affectés en l'espèce. En conséquence, en recherchant s'il y a eu «décision» sur des contestations portant sur des droits et des obligations de caractère civil, la Commission ne s'est pas limitée à examiner l'effet de la procédure sur les droits et obligations personnels du requérant en droit interne. Elle a aussi tenu compte des incidences sur les droits et obligations de la compagnie.

132. S'agissant du fond de l'affaire, la première question que la Commission a examinée est celle de savoir si des «droits ou des obligations de caractère civil» du requérant ou de l'IGA ont été affectés par les actes administratifs incriminés. Pour examiner la question de l'applicabilité de l'article 6 (1), elle considère que les effets juridiques directs de ces actes entrent en ligne de compte. Il est donc pertinent de rechercher si leur effet direct a été de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou obligations juridiques de caractère «civil». Toutefois, la Commission ne considère pas que les conséquences indirectes ou fortuites, ou les conséquences de nature purement factuelle, sont à prendre en considération dans ce contexte (*cf. Requête N.º 7902/77, X. c/Royaume-Uni, Décisions et Rapports 7, p. 224*).

133. La Cour a jugé que la notion de «droits et obligations de caractère civil» est une notion autonome sous l'angle de la Convention et qu'elle ne peut être interprétée seulement par référence au droit interne (*Affaire König, sup. cit. par. 88-89*). La principale question en l'espèce était celle de savoir si les droits qui étaient en cause dans les recours devant les tribunaux administratifs avaient un caractère «civil» sous l'angle de l'article 6 (1). En examinant cette question, la Cour a fait remarquer que la législation interne n'était pas dénuée d'intérêt. Elle a déclaré:

«C'est en effet au regard non de la qualification juridique, mais du contenu matériel et des effets que lui confère le droit interne de l'Etat en cause, qu'un droit doit être considéré ou non comme étant de caractère civil au sens de cette expression dans la Convention. Il appartient à la Cour, dans l'exercice de son contrôle, de tenir compte aussi de l'objet et du but de la Convention ainsi que des systèmes de droit interne des autres Etats contractants.» (*ibid. par. 89*).

134. Aux yeux de la Commission, comme le Gouvernement le laisse entendre, des considérations analogues s'appliquent, dans une certaine mesure tout au moins, en ce qui concerne le point de savoir si des «droits» ou des «obligations» sont en cause. Ces notions sont en elles-mêmes autonomes jusqu'à un certain point. Ainsi, il n'est pas d'une importance décisive qu'un privilège ou un intérêt donné qui existe dans un système de droit interne ne soit pas classé ou décrit comme un «droit» par ce système. Toutefois, pour dire s'il s'agit d'un «droit» sous l'angle de l'article 6 (1), il convient de tenir compte de son «contenu matériel et (de ses) effets», de l'objet et du but de la Convention ainsi que des systèmes de droit interne des autres Etats contractants.

135. La Commission a d'abord recherché si, comme le prétend le requérant, un «droit» de pratiquer des opérations d'assurance a été affecté. Le Gouvernement prétend qu'aucun droit d'entreprendre ou de pratiquer ce genre d'activités n'a été conféré au requérant ou à l'IGA et qu'aucun «droit» de cette nature n'a été affecté. Pour l'essentiel, la position du Gouvernement semble être que, conformément au droit interne applicable, ne compagnie autorisée à pratiquer des opérations d'assurance le fait en vertu d'un privilège accordé par le Ministre, et non en vertu d'un droit.

136. Il ne fait aucun doute que jusqu'au moment où le Ministre l'a avisé des restrictions qu'il lui imposait, l'IGA était habilitée par la loi à pratiquer des activités d'assurance dans les limites qui lui étaient imposées par ses autorisations existantes et le droit général. En particulier, elle était habilitée à le faire en concluant certaines formes de contrats d'assurance. Tant que le Ministre n'a pas supprimé cette habilitation en faisant usage des pouvoirs qu'il détenait en vertu de la loi, nul ne pouvait légalement empêcher l'IGA de pratiquer ce type d'opérations. Aux yeux de la Commission, l'IGA avait donc un «droit», au sens ordinaire du terme, de pratiquer des opérations d'assurance. Ce droit avait été initialement conféré par le Ministre, au moment où celui-ci a autorisé la compagnie à pratiquer des opérations d'assurance, et le Ministre était habilité, dans certaines conditions, à y porter atteinte, ou même à le supprimer, comme il l'a fait en l'espèce. Toutefois, ces éléments ne modifient pas, selon la Commission, son caractère de «droit», au moins sous l'angle de l'article 6 (1).

137. L'effet juridique direct de l'intervention du Ministre a résidé dans le fait que le «droit» existant de l'IGA de pratiquer des opérations d'assurance s'est trouvé restreint de la manière indiquée dans l'avis adressé conformément à l'article 29 de la loi de 1974. Interdiction a été faite à l'IGA de conclure de nouveaux contrats d'assurance. Son «droit» de pratiquer des opérations d'assurance a été ainsi affecté.

138. Quant à la question de savoir si le droit de pratiquer des opérations d'assurance avait un caractère «civil», la Commission considère que ce droit est foncièrement analogue aux droits en question dans l'*affaire König*, en ce qu'il s'agit d'un droit de se livrer à une activité commerciale dans le secteur privé, encore que soumis à une autorisation et à un contrôle administratifs dans l'intérêt public (*Affaire König*, par. 92-93). Dans l'esprit de la démarche adoptée par la Cour dans l'*affaire König*, la Commission en conclut que le droit en question en l'espèce avait un caractère privé et qu'il s'agissait donc d'un droit «civil» sous l'angle de l'article 6 (1).

139. Outre un droit de pratiquer des opérations d'assurance, le requérant invoque certains autres «droits et obligations», dont il laisse entendre qu'ils

ont été affectés. Il suggère que des droits patrimoniaux ont été affectés (par. 88 ci-dessus). Toutefois, la Commission ne souscrit pas à ce point de vue. Si, comme le requérant le fait observer, la compagnie, a dû augmenter le montant de ses actifs en dépôt chez un «trustee» (cf. par. 53 ci-dessus), ceci n'a été la conséquence juridique ni de la procédure d'examen de «l'aptitude» du requérant ni des restrictions prévues par l'article 29 et qui sont l'objet de la présente affaire. L'injonction relative aux fonds à mettre en dépôt a été prise dans le cadre d'un avis et d'une procédure distincts, conformément à l'article 40 de la loi de 1974. Or cette procédure n'a pas été incriminée dans la présente requête.

140. Le requérant a aussi laissé entendre que des droits ou obligations contractuels *inter partes* ont été affectés. Cette fois encore, la Commission n'est pas d'accord. Il n'y a pas eu d'incidence juridique sur les droits et obligations contractuels existants. Ceux-ci n'ont pas été affectés pendant la durée des contrats pertinents. Aucun droit ou obligation n'existait en vertu de contrats futurs ou envisagés et n'a pu être affecté. C'est simplement le droit de la compagnie de conclure ces contrats qui a été affecté, comme la Commission l'a déjà constaté.

141. Quant à la position personnelle du requérant, elle a inévitablement été affectée dans la mesure où ses activités d'administrateur délégué et de dirigeant de la compagnie ont été restreintes. Il s'est trouvé dans l'obligation de respecter les restrictions imposées à la compagnie. Dans un sens, il a perdu le droit de pratiquer des opérations d'assurance dans le cadre de la compagnie. Mais il s'est agi en réalité de caractéristiques inhérentes aux restrictions imposées au droit de la compagnie de se livrer à ses activités. L'incidence de ces restrictions sur le requérant a été à la mesure de l'intérêt qu'a celui-ci dans toute cette affaire. En droit, sa position de dirigeant n'a pas été affectée. Les difficultés qu'il a pu rencontrer pour trouver d'autres postes dans les assurances, ainsi que les incidences sur sa réputation, ont été, selon la Commission, des conséquences fortuites de caractère factuel, et non des conséquences juridiques, de la déclaration d'incapacité et de la décision prise en conséquence. En substance, le requérant ne semble pas suggérer autre chose. Les droits (juridiques) du requérant dans ces domaines n'ont donc pas été affectés.

142. La question s'est aussi posée de savoir s'il y a eu détermination d'«obligations» incombant au requérant sous l'angle de la gestion de l'IGA, particulièrement dans la mesure où le Ministre paraît avoir implicitement constaté que le requérant n'avait pas satisfait aux exigences légales pour ce qui est du contenu des comptes de la compagnie. Toutefois, selon la Commission, cette constatation a eu un caractère incident (*cf. Requête N.º 8600/77, X. c/Suisse, Décisions et Rapports 13, p. 81*). Il n'y a pas eu de répercussions juridiques sur les obligations pertinentes. Dans les circonstances de l'espèce, si la question de savoir s'il y a eu décision portant sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale est à examiner séparément, la Commission ne juge pas que cette constatation soit importante sous l'angle de l'applicabilité de l'article 6 (1) sur la base d'une détermination éventuelle des «droits et obligations de caractère civil».

143. En résumé, du point de vue de l'article 6 (1), la Commission considère que la procédure administrative en question a bien eu un effet direct sur des «droits de caractère civil», dans la mesure où un *droit existant* de pratiquer des opérations d'assurance s'est trouvé restreint. Elle ne considère pas que d'autres droits ou obligations ont été affectés ou même étaient susceptibles d'être affectés dans les procédures en question.

144. Néanmoins, si l'intervention du Ministre a ainsi affecté un «droit de caractère civil», il convient de souligner que le requérant ne laisse pas entendre qu'elle ait été contraire au droit interne. Il a précisé ceci dans ses observations, au stade de la recevabilité, sur la question des voies de recours internes ⁽²²⁾. Ainsi, il ne prétend pas que ses droits de caractère civil ont été affectés, au sens où ils auraient été enfreints illégalement. S'il avait prétendu ceci, il aurait pu contester les mesures prises en sollicitant de la Haute Cour la délivrance d'une ordonnance de *certiorari* (*cf. par. 26-29 ci-dessus*). Toutefois, il désapprouve la décision que le Ministre a prise dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires. Il la juge déplacée, mais non pas illégale. Il n'est pas contesté que cette prétention n'offrirait pas un motif de contrôle par la Haute Cour. Toutefois, le requérant soutient que du fait que la décision a affecté ses droits de caractère civil, elle aurait dû être prise initialement par un tribunal satisfai-

(22) — Cf. la décision sur la recevabilité, Annexe II, pp. 67, 76, 77, 87-88.

sant aux exigences de l'article 6 (1), ou à tout le moins il aurait dû avoir la possibilité de faire contrôler en appel par un tribunal le bien-fondé de la décision.

145. Dans ces conditions, la Commission estime que deux questions se posent. La première est celle de savoir si l'article 6 (1) s'applique directement à toutes les procédures par lesquelles des décisions affectant des «droits de caractère civil» sont prises. En d'autres termes, confère-t-il un droit à ce que ces décisions soient prises initialement par un tribunal satisfaisant aux exigences de l'article 6 (1), et non par une autorité administrative? Dans la négative, la seconde question se pose de savoir que si, dès lors que cette décision a été prise par une autorité administrative dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, le droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 (1) implique qu'il doive y avoir accès à un tribunal pleinement compétent pour réexaminer toute l'affaire et substituer sa propre décision à celle de l'autorité administrative.

146. En examinant ces questions, la Commission rappelle tout d'abord que dans l'*affaire Ringelsen*, la Cour a déclaré:

«Pour que l'article 6 (1) s'applique à une 'contestation', il n'est pas nécessaire que, comme l'ont admis la majorité de la Commission et le Gouvernement, les deux parties au litige soient des personnes privées. Le libellé de l'article 6 (1) est beaucoup plus large; les termes français 'contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil' couvrent toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé. Le texte anglais, qui vise 'the determination of (...) civil rights and obligations', confirme cette interprétation.

Peu importe dès lors la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée (loi civile, commerciale, administrative, etc...) et celle de l'autorité compétente en la matière (juridiction de droit commun, organe administratif, etc...).»

(*Série A, N.º 13, par. 94*).

147. Dans l'*affaire König*, après avoir réitéré cette déclaration, elle a ajouté:

«Si la contestation oppose un particulier à une autorité publique, il n'est donc pas décisif que celle-ci ait agi comme personne privée ou en tant que détentrice de la puissance publique.

En conséquence, pour savoir si une contestation porte sur une détermination d'un droit de caractère civil, seul compte le caractère du droit qui se trouve en cause. » (Arrêt König, par. 90).

148. Le requérant invoque ces déclarations et fait valoir que puisque la décision du Ministre a eu un effet décisif sur des droits de caractère civil, l'article 6 (1) était applicable et exigeait que l'ensemble de la contestation entre lui-même et le Ministre — autrement dit les questions de savoir s'il était apte à diriger l'IGA et si des restrictions devaient être imposées aux activités de la compagnie — fût tranchée par un tribunal.

149. Toutefois, les observations formulées par la Cour dans les affaires susmentionnées doivent être lues dans le contexte dans lequel elles ont été faites. Dans les deux affaires, la Cour se préoccupait essentiellement de l'applicabilité de l'article 6 (1) aux recours administratifs disponibles dans le système interne. Dans l'*affaire Ringeisen*, le grief du requérant était en substance que les membres de l'organisme de recours administratif (la Commission régionale des transactions immobilières) avaient été partiaux et que la Cour constitutionnelle n'avait pas examiné sa plainte à ce sujet. Dans l'*affaire König*, le requérant se plaignait de la longueur de la procédure devant les tribunaux administratifs, devant lesquels il contestait la légalité et l'opportunité des actes des autorités administratives compétentes. Dans les deux cas, la Cour avait ainsi à statuer sur l'applicabilité de l'article 6 aux affaires portées devant des instances de recours qui étaient chargées de statuer sur des contestations provoquées par les actes des autorités administratives. Dans aucune des affaires, elle n'était appelée à statuer sur le point de savoir si l'article 6 (1) exige que les actes initiaux d'autorités administratives comparables à ceux incriminés en l'espèce soient pris conformément à une procédure respectant l'article 6 (1) toutes les fois qu'ils affectent des droits privés. De même, elle n'était pas appelée à examiner les questions concernant la portée du contrôle disponible dans les procédures de recours existantes. Toutefois, ces questions sont au cœur même de la présente affaire.

150. La Commission note qu'une caractéristique commune au droit administratif de tous les Etats contractants réside dans le fait que dans de nombreux et divers domaines les autorités officielles sont habilitées par la loi à prendre des mesures affectant les droits privés des citoyens. La majorité de la Commission a fait observer ceci dans le Rapport de la Commission sur *l'affaire Ringeisen*:

«Il est caractéristique de l'Etat européen moderne que les droits et obligations de l'individu à de nombreux égards ne sont pas déterminés de manière exhaustive par des règles de droit abstraites, mais sont sujets de décisions administratives pour chaque cas particulier. L'utilisation du sol en constitue un domaine important. Il est très rare que le propriétaire ait un droit illimité d'utiliser son terrain à son gré. S'il souhaite affecter le terrain ou le site qui lui appartient à un autre usage, y construire ou démolir une maison, ou le morceler, son droit peut être soumis à l'autorisation d'une autorité publique. Dans certaines circonstances, cette autorisation peut lui être accordée de plein droit, mais dans d'autres circonstances, l'autorité publique dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire administratif.

Les droits et obligations contractuels des particuliers peuvent également être soumis au contrôle et à l'approbation d'une autorité publique dans chaque cas particulier. Les licences d'importation et d'exportation représentent encore un élément important de la réglementation du commerce international. L'exercice de certains commerces ou de certaines professions peut également être soumis à l'approbation d'une autorité publique. Même les mesures portant atteinte à la propriété privée, telles que l'expropriation de terrains dans l'intérêt public, les décisions relatives à la démolition de taudis, les décisions relatives au développement urbain, etc. sont prises par des organes administratifs ou des autorités administratives. Ces exemples, auxquels de nombreux pourraient être ajoutés, semblent indiquer qu'une caractéristique normale du droit administratif contemporain est que les droits et obligations du citoyen, même pour les questions qui concernent de très près sa propriété privée ou ses activités privées, sont déterminés par quelque autorité publique, qui ne remplit pas les condi-

tions relatives à un tribunal indépendant et impartial énoncées à l'article 6 (1).» (*Voir Série B, Vol. 11, pp. 71-72*).

151. Comme la Cour l'a déclaré dans les *affaires Ringeisen et König*, l'article 6 (1) peut être applicable dans les affaires concernant l'exercice de tels pouvoirs publics. Néanmoins, l'article 6 n'interdit pas, selon la Commission, de conférer à des autorités publiques le pouvoir de prendre des mesures affectant les droits privés des citoyens. Il ne va pas jusqu'à prévoir que tous les actes, décisions ou mesures affectant les droits privés doivent être pris par un tribunal. Cette conclusion, outre qu'elle serait en contradiction avec la situation prévalant dans l'ensemble des Etats contractants, tant aujourd'hui qu'à l'époque de la rédaction de la Convention, ne serait pas justifiée, de l'avis de la Commission, par une interprétation adéquate de l'article 6 (1).

152. Il ressort clairement du texte de l'article 6 (1) qu'il ne protège pas directement les «droits de caractère civil» en tant que tels de l'individu contre les actes ou les décisions qui modifient, annulent ou constituent d'autres formes d'ingérences dans ces droits. Dans maintes circonstances, les droits privés d'un individu peuvent être affectés non seulement par les actes légitimes d'autorités publiques, mais aussi par ceux d'autres individus ou entités exerçant des droits privés de sens contraire (*countervailing*) leur appartenant en propre, et même par des circonstances purement factuelles, comme l'écoulement du temps. Le simple fait que les actes d'une partie, qu'il s'agisse ou non d'une autorité publique, exercent un effet défavorable sur les droits privés d'un individu, n'implique donc pas une violation de l'article 6 (1).

153. Ainsi, la Commission a reconnu dans une certaine mesure dans sa jurisprudence, que l'article 6 (1) n'est pas nécessairement applicable à tous les stades d'un processus administratif affectant des «droits de caractère civil». La minorité dans l'*affaire Ringeisen*, qui jugeait l'article 6 (1) applicable aux procédures de recours en question dans cette affaire, a précisé qu'elle ne le considérait pas comme directement applicable au processus par lequel les décisions administratives affectant des droits de caractère civil sont elle-mêmes prises (*voir Série B, Vol. 11, pp. 73-75 et 242*). La Commission a jugé que lorsque l'article 6 (1) s'applique à une procédure administrative, il peut suffire qu'une procédure judiciaire soit disponible à un certain stade après la décision

administrative initiale (*Requête N.º 6837/74, X. et consorts c/Belgique, Décision et rapports 3, p. 135*). Elle ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si l'article 6 (1) s'appliquerait aussi bien à la phase administrative qu'à la phase judiciaire des procédures de restitution en République Fédérale d'Allemagne, ou si elle ne concerne que les procédures judiciaires (*Requêtes N.º 5573/72 et 5670/72, Décisions et rapports 7, p. 8 et pp. 27 et 28*). Elle rappelle qu'elle a aussi estimé que les procédures concernant les dépôts de brevets ne relèvent pas de l'article 6 (1) pour la raison qu'il s'agit là d'une question «essentiellement administrative» (*Requête N.º 8000/77, X. c/Suisse, Décisions et rapports 13, p. 81; Requête N.º 7830/77, X. c/Autriche, Décisions et rapports, 14, p. 200*).

154. Selon la Commission, le rôle essentiel de l'article 6 (1) dans ce domaine est de fixer des garanties concernant le moyen par lequel les contestations concernant les droits et obligations (juridiques) de caractère civil doivent être tranchées. Il convient de faire une distinction entre les actes d'un organe engagé dans le règlement de cette contestation et les actes d'un organe administratif ou autre qui est uniquement censé exercer ou appliquer un pouvoir qui lui a été conféré par la loi, et non pas trancher une contestation juridique. L'article 6 (1) ne s'appliquerait pas, selon la Commission, aux actes de ce dernier organe, même s'ils affectent bien des «droits de caractère civil». Il ne saurait être considéré comme engagé dans un processus de «décision» sur des contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil. Sa fonction ne consisterait pas à décider («décidera») d'une contestation. D'un autre côté, ses actes peuvent donner naissance à une contestation et l'article 6 peut entrer en ligne de compte par ce biais.

155. En ce qui concerne la présente affaire, la Commission note que le Ministre n'était pas engagé dans le règlement d'une contestation entre les parties concernant des droits de caractère civil. Il a envisagé de prendre des mesures affectant (comme la Commission l'a constaté), les droits privés de la compagnie. Il a examiné les objections formulées, puis a agi. Il est intervenu dans l'exercice de ses pouvoirs légaux qui ont affecté des «droits de caractère civil», mais il n'a pas été engagé dans un processus de «décision» portant sur une contestation concernant des droits et obligations de caractère civil. Selon la Commission, les procédures conduisant à la déclaration d'inaptitude formulée

à l'encontre du requérant et à l'imposition de restrictions à l'IGA n'avaient donc pas à satisfaire aux exigences de l'article 6 (1). Le fait que les décisions pertinentes n'aient pas été prises par un tribunal après une audience équitable et publique n'entraîne donc pas une violation de cette disposition.

156. Il reste à savoir s'il y a eu atteinte au droit du requérant ou de la compagnie d'accéder aux tribunaux. La Cour a considéré dans l'*affaire Golder* que: ⁽²³⁾

«... l'article 6 (1) garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Il consacre de la sorte le 'droit à un tribunal', dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect. A cela s'ajoutent les garanties prescrites par l'article 6 (1) quant à l'organisation et à la composition du tribunal et quant au déroulement de l'instance. Le tout forme en bref le droit à un procès équitable.» (*Série a, Vol. 18, p. 18, par. 36*).

Dans la version anglaise de l'arrêt, ce droit est défini comme «the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal».

157. Lorsque les droits privés d'un individu ont été affectés par un acte d'une autorité publique, l'article 6 (1) habilite clairement cet individu, selon la Commission, à se prévaloir des recours judiciaires existant dans le cadre du système interne pour revendiquer les droits affectés. Ceci découle de la jurisprudence de la Cour, dans l'*affaire Golder*. La Commission renvoie aussi à l'arrêt *Airey*, ⁽²⁴⁾ dans lequel la Cour a indiqué que tout recours légal prévu par le droit interne (pour la décision sur des contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil) devrait, conformément à l'article 6 (1), être disponible pour quiconque remplit les conditions prescrites par ce droit (*Série A, Vol. 32, par. 23*).

⁽²³⁾ — Sumariado, sob n.º 18, em Documentação e Direito Comparado, n.º 6 pág. 560.

⁽²⁴⁾ — Sumariado, sob n.º 33, em Documentação e Direito Comparado, n.º 9, pág. 50.

158. Toutefois, il est impossible de dire qu'on a empêché le présent requérant d'exercer les recours judiciaires existants pour faire contrôler les décisions du Ministre. Son grief est que ces recours avaient une portée trop limitée, du fait que les tribunaux n'ont pas pu examiner pleinement le bien-fondé de la décision du Ministre et substituer leur décision à la sienne s'ils n'étaient pas d'accord avec lui. La question se pose donc de savoir s'il avait «droit à un tribunal» ayant pleine compétence pour statuer sur le fond de l'affaire.

159. La Commission a déjà noté que dans les Etats contractants, des pouvoirs discrétionnaires sont fréquemment conférés aux autorités publiques pour prendre des mesures qui affectent les droits privés. Le fait que les possibilités de contrôle judiciaire des décisions pertinentes sont limitées constitue aussi une caractéristique commune à leur droit administratif, et même presque un corollaire de l'octroi de pouvoirs discrétionnaires. Dans l'affaire *Ringeisen*, la majorité de la Commission a attiré l'attention sur ce point en ces termes:

«Il est vrai que tous les pays se préoccupent à juste titre de protéger le citoyen contre des actes administratifs arbitraires. Cette préoccupation peut aboutir à l'adoption de dispositions législatives ou réglementaires régissant la procédure administrative. Elle peut aboutir à l'introduction d'un contrôle judiciaire des actes administratifs et, pour des motifs historiques et autres, les Etats membres du Conseil de l'Europe ont adopté des systèmes très divergents instaurant un tel contrôle judiciaire. Cependant il semble que ces systèmes aient pour caractéristique commune que certains éléments de pouvoir discrétionnaire administratif ne peuvent être contrôlés par le juge. Si l'autorité administrative agit correctement et dans les limites de la légalité, le juge ne peut que très rarement, sinon jamais, décider si la décision administrative a été ou non bien fondée quant au fond. Dans cette mesure, il n'y a aucune possibilité de porter l'affaire devant un tribunal indépendant et impartial, même s'il y a contestation entre le citoyen et l'autorité publique.» (*Série B, Vol. 11. p. 72*).

160. Suivant en cela la Cour, la Commission ne conclut pas que l'article 6 soit totalement inapplicable. Toutefois, cet élément ne peut pas être ignoré lorsqu'on examine le contenu ou la portée des droits garantis par l'article 6.

La Commission rappelle aussi que dans la même affaire, la minorité a estimé que cet article garantit seulement un droit à un contrôle judiciaire de la «légalité» des décisions administratives affectant les droits de caractère civil (*ibid. pp. 73-75*). Elle note par ailleurs que la portée limitée du contrôle judiciaire dans de nombreux Etats contractants se reflète aussi dans la compétence conférée à la Cour européenne de justice par l'article 173 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne. Aux termes de cette disposition, la Cour est compétente pour contrôler la légalité des actes du Conseil et de la Commission de la Communauté européenne seulement en ce qui concerne les recours «pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent Traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir». Ces motifs limités d'intervention paraissent assez typiques de ceux qui existent dans un certain nombre d'Etats contractants.

161. Une interprétation de l'article 6 (1) selon laquelle cet article conférerait un droit d'appel sur le fond de chaque décision administrative affectant des droits privés aboutirait donc à un résultat incompatible avec la situation juridique prévalant depuis longtemps dans la plupart des Etats contractants.

162. Néanmoins, pour l'interprétation de l'article 6 (1), la Commission doit garder à l'esprit l'importance du principe de la «prééminence du droit» mentionné dans le Préambule de la Convention (cf. *Affaire Golder, Séries A, Vol. 18*, par. 34). Elle rappelle aussi les observations suivantes faites par la Cour dans l'*affaire Golder*:

«Le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement connus; il en va de même du principe de droit international qui prohibe le déni de justice. L'article 6 (1) doit se lire à leur lumière.

Si ce texte passait pour concerner exclusivement le déroulement d'une instance déjà engagée devant un tribunal, un Etat contractant pourrait, sans l'enfreindre, supprimer ses juridictions pour soustraire à leur compétence le règlement de certaines catégories de différends de caractère civil pour le confier à des organes dépendant du

Gouvernement. Pareilles hypothèses, inséparables d'un risque d'arbitraire, conduiraient à de graves conséquences contraires auxdits principes et que la Cour ne saurait perdre de vue.» (*Ibid. par. 35*).

Ces principes incitent à penser que la compétence des tribunaux ne peut être supprimée totalement ou limitée au-delà d'un certain point.

163. En substance, le principe défini par la Cour dans l'*affaire Golder* est que toute contestation de caractère civil (concernant des droits et des obligations de caractère civil) doit pouvoir être soumise à un tribunal. L'article 6 exige ainsi qu'il existe un tribunal ayant compétence pour trancher le question. Le droit à un tribunal prend naissance avec la contestation en question. Toutefois, il est clair que chaque contestation, même provoquée par un acte qui a affecté des «droits de caractère civil», ne donne pas naissance à un droit d'accès au tribunal. La Commission estime qu'il doit exister un élément juridique. Une personne peut être lésée par un acte qui affecte ses droits privés, que cet acte soit le fait d'une autorité publique ou d'un particulier. Mais si elle reconnaît que la partie adverse était parfaitement habilitée à agir comme elle l'a fait, en raison par exemple de pouvoirs ou de droits à elle conférés par la loi ou par un contrat, elle n'aura alors aucun grief à soumettre à un tribunal dans le cadre du droit interne applicable.

164. Pour savoir s'il existe un droit d'accès à un tribunal, il est capital de tenir compte de la nature de la contestation sous l'angle du droit interne. Cela ne veut pas dire que le droit ne puisse prendre naissance que lorsqu'il existe un droit d'action formel en droit interne. Prétendre que le droit protégé par la Convention est ainsi limité reviendrait à ouvrir précisément la possibilité mentionnée par la Cour, à savoir qu'un Etat pourrait, sans enfreindre l'article 6 (1), retirer à ses tribunaux leur compétence dans ce domaine. La question de savoir s'il existe une contestation relative à des droits et des obligations de caractère civil doit donc être examinée comme une question de fond. Dans les cas où un individu critique un acte affectant ses droits privés, il faut se demander s'il prétend bien que la partie adverse a agi comme elle n'était pas autorisée à le faire selon le droit interne applicable.

165. Il est donc nécessaire, dans la présente affaire, d'examiner la nature fondamentale du grief du requérant visant les actes du Ministre. La Commis-

sion relève d'abord que les faits qui ont motivé l'intervention administrative ne donnent pas lieu à une véritable contestation entre le requérant et le Ministre. Il a déjà été fait observer que le requérant ne conteste pas la légalité des mesures prises. En particulier, il admet que les dispositions procédurales du droit interne ont été respectées. S'il considère que les décisions du Ministre concernant son inaptitude ont été déplacées, il ressort de ses observations qu'il reconnaît qu'il a eu, ou qu'il y a peut-être eu, non-respect des dispositions légales concernant les comptes de la compagnie. Il maintient que la décision prise (en ce qui concerne la souscription de la police d'assurance) a été honnête et qu'elle a été prise de bonne foi sur la base d'avis spécialisés. Toute violation de la réglementation a donc été au plus un vice de forme insuffisant pour justifier l'intervention incriminée. Toutefois, il admet que le Ministre a raisonnablement pu avoir un point de vue différent et estimer (par exemple) que les comptes avaient été «fallacieux ou inexacts» et qu'une exactitude scrupuleuse en la matière est une qualité fondamentale à exiger d'un dirigeant de compagnie ⁽²⁵⁾.

166. Le requérant est ainsi en désaccord avec le Ministre sur des questions d'appréciation concernant par exemple la correction de son comportement et l'importance à attacher à un respect minutieux de la réglementation sur la présentation des comptes. Toutefois, il ne prétend pas que le Ministre a agi de manière telle qu'il n'était pas légalement habilité à le faire.

Conclusion

167. En conséquence, la Commission conclut à l'unanimité que le requérant n'a pas été victime d'une violation de l'article 6 (1), pour autant que cet article garantit à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil.

(25) — Compte rendu intégral de l'audience sur la recevabilité et le fond, p. 52.

«Décisions portant sur le bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle»

168. Le requérant prétend, en substance, que l'intervention du Ministre a équivalu à une décision sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale et que l'article 6 est de ce fait applicable également sur cette base. Le Gouvernement défendeur conteste que les allégations contenues dans l'avis du 4 novembre 1975 aient été des allégations mettant en cause un comportement criminel et il soutient qu'en tout état de cause l'article 6 (1) n'est pas applicable sur cette base, même s'il s'était agi de telles allégations.

169. La Commission note que dans l'avis du 4 novembre 1975, le requérant était accusé d'avoir signé les comptes de la compagnie «en sachant ou en ayant des raisons de penser» que la valeur donnée à l'immeuble était fallacieuse ou inexacte (cf. par. 44 ci-dessus). Elle note par ailleurs qu'en vertu de l'article 61 (1) de la Loi de 1974, toute personne qui inclut ou permet l'inclusion dans un document d'une déclaration dont elle «sait» qu'elle est fausse sur un point important se rend coupable d'une infraction. Se rend aussi coupable d'une infraction la personne qui, «par négligence», permet l'inclusion d'une déclaration qui est fausse (cf. par. 16 ci-dessus). Selon la Commission, l'allégation figurant dans l'avis selon laquelle le requérant «savait» suggère une infraction à l'article 61. L'allégation alternative selon laquelle le requérant «avait des raisons de penser» paraît aussi foncièrement analogue à la notion de «négligence» figurant à l'article 61, même s'il ne s'agit pas exactement de la même chose. Il existe aussi une large zone commune à la notion de déclaration «fallacieuse ou inexacte» et à celle de déclaration «fausse sur un point important». La Commission conclut que cette allégation visait un comportement contraire à l'article 61. Il apparaît aussi implicite dans l'avis que les comptes ne donnaient pas une image «fidèle» de la situation de la compagnie et que le requérant n'a pas pris les mesures que l'on pouvait «raisonnablement attendre de lui» pour que les comptes donnent une image «fidèle» de la situation de la compagnie. Les allégations contenues dans l'avis concernaient aussi une infraction à l'article 149 de la Loi de 1948 sur les sociétés anonymes (cf. par. 18 ci-dessus).

170. Les deux parties ont fait référence aux critères définis par la Cour dans l'affaire *Engel*⁽²⁶⁾ pour déterminer l'applicabilité de l'article 6 à des procédures disciplinaires militaires. La Commission rappelle qu'un élément dont la Cour a tenu compte est «le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé» (*Série A, Vol. 22, p. 35, par. 82*). Dans la présente affaire, les procédures n'ont pas concerné l'imposition d'une sanction au requérant. Les restrictions imposées à la compagnie ne peuvent, selon la Commission, être considérées comme équivalant à une sanction, et les procédures en question n'entrent donc pas, selon elle, dans la catégorie des procédures pénales relevant de l'article 6 (1), en dépit de la nature des allégations formulées.

Conclusion

171. En conséquence, la Commission conclut à l'unanimité que le requérant n'a pas été victime d'une violation de l'article 6 (1), dans la mesure où celui-ci garantit le droit d'être entendu par un tribunal qui décidera du bien-fondé d'une accusation en matière pénale.

C. Article 13

172. Le requérant a aussi invoqué l'article 13 de la Convention dans le cadre de son argumentation. Il semble que son grief soit, en substance, qu'aucun recours n'était disponible grâce auquel il aurait pu se plaindre du non-respect de l'article 6 (1).

L'article 13 de la Convention dispose:

«Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.»

(26) — Sumariado, sob n.º 22, em Documentação e Direito Comparado, n.º 7, pág. 248.

173. La Commission a déjà jugé que l'article 6 (1) n'est pas applicable au processus administratif en cause et que la contestation qui en est résultée entre le requérant et le Ministre n'est pas une contestation à laquelle cet article puisse s'appliquer. La Cour a jugé dans l'*affaire Klass*⁽²⁷⁾ que l'article 13 garantit un recours effectif «à quiconque allègue une violation de ses droits et libertés protégés par la Convention» (Série A, Vol. 28, p. 29, par. 64). Toutefois, selon la Commission, il ne peut s'appliquer qu'aux contestations qui relèvent d'une des dispositions de fond de la Convention. Lorsque, comme en l'espèce, la Commission ne juge pas ces dispositions applicables, il s'ensuit que l'article 13 n'est pas applicable lui non plus.

174. La Commission renvoie aussi à son Rapport visé à l'article 31 de la Convention, dans l'*affaire Young, James et Webster c/Royaume-Uni (requêtes N.º 7601/76 et 7806/77, Rapport adopté le 14 décembre 1979)*, dans lequel elle a estimé que l'article 13 ne va pas jusqu'à exiger un contrôle judiciaire de la législation. Le grief du présent requérant sous l'angle de l'article 6 (1) concerne les procédures prévues par le droit du Royaume-Uni, et en particulier par la Loi de 1974. Il n'aurait pu les contester de manière effective que s'il avait existé un moyen de contester la législation pertinente. La Commission estime que même s'il était applicable, l'article 13 n'a donc pas été violé.

Conclusion

175. La Commission conclut à l'unanimité que le requérant n'a pas été victime d'une violation de l'article 13.

*Le Secrétaire
de la Commission*

(H.C. KRÜGER)

*Le Président en exercice
de la Commission*

(G. SPERDUTI)

(27) — Sumariado, sob n.º 29, em Documentação e Direito Comparado, n.º 8, pág. 119).

OPINION SEPARÉE DE M. TRECHSEL SUR L'ARTICLE 13 PARTAGÉE PAR M. CARRILLO

J'approuve la conclusion de la Commission selon laquelle la présente affaire ne révèle pas une violation de l'article 13 de la Convention. Ceci étant, je préfère baser cette conclusion sur un raisonnement différent.

La majorité de la Commission estime que dans la présente affaire, l'article 13 ne s'applique pas parce que le requérant n'a même pas prétendu que «les droits et libertés reconnus dans la présente Convention» ont été violés, la Commission ayant considéré que l'article 6 (1) ne s'applique pas. La décision concernant l'article 6 (1) est donc implicitement interprétée comme voulant dire, dans la terminologie utilisée dans la décision sur la recevabilité, que sa requête était incompatible *ratione materiae*. Je ne juge pas nécessaire de me prononcer sur cette délicate question pour les raisons suivantes:

L'article 6 (1) — dans la mesure où il garantit l'accès à un tribunal — et l'article 13 ont certains traits en commun. Tous deux visent non un droit matériel, mais plutôt une forme spécifique de protection, au niveau national, des droits qui y sont énoncés. Il en va de même, d'ailleurs, pour l'article 5 (4).

Si l'article 6 (1) confère à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, l'article 13 se contente de mentionner un recours effectif devant une instance nationale. Ainsi, la protection offerte par le premier article est bien plus grande que celle offerte par le second.

L'allégation du requérant concernant l'article 13 impliquerait donc qu'une «autorité nationale» devrait avoir compétence pour examiner, dans des cas particuliers, le point de savoir si les tribunaux sont compétents pour juger certains griefs et s'ils sont obligés de le faire. De fait, le recours visé à l'article 13 ne pourrait pas être considéré comme «effectif» si cette possibilité n'existait pas. Mais d'un autre côté, un tribunal cesserait d'être indépendant dès lors qu'une autorité nationale qui ne serait pas elle-même un tribunal indépendant et impartial, exercerait ce genre de contrôle (*Affaire Schiesser, Série A, Vol. 34, p. 13, par. 31*).⁽²⁸⁾

(28) — Sumariado, sob n.º 35, em Documentação e Direito Comparado, n.º 9, pág. 54.

Je pense que cette analyse aboutit à la conclusion que l'article 13 invoqué en liaison avec l'article 6 (1) requiert un double degré de juridiction ou au moins la création d'un tribunal constitutionnel compétent pour décider du point de savoir si les autres tribunaux sont obligés d'entendre des doléances concernant des droits et obligations de caractère civil. Tout ceci aboutirait à une extension considérable du champ d'application de l'article 6 (1), ce qui n'est justifié ni par son libellé ni par sa portée.

Ces considérations, amènent selon moi inévitablement à la conclusion que, lorsque l'allégation essentielle sur le terrain de la Convention concerne l'accès à un tribunal de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif (court or tribunal), l'article 13 ne requiert pas de recours supplémentaire.

COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

X CONTRA A ÁUSTRIA

Decisão de 27 de Março de 1963.

- I. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem não garante, expressa ou implicitamente, o princípio «non bis in idem»
- II. A Comissão Europeia dos Direitos do Homem é incompetente «ratione materiae» para se ocupar da queixa por violação de direito ou liberdade não garantido pela Convenção.

P.F.

EN FAIT

Considérant que les faits de la cause tels qu'ils ont été exposés par le requérant peuvent se résumer comme suit:

Le requérant, de nationalité autrichienne, est né en...

Le ...1960, le requérant a été reconnu coupable par le tribunal régional (*Landesgericht*) de A. (Allemagne) d'un vol (commis en Allemagne) au préjudice d'un ressortissant allemand; il a été condamné à 25 mois de prison —

la durée de la détention préventive étant imputée sur la durée de la peine — et à l'expulsion. Le ...1961, alors qu'il avait purgé les deux tiers de sa peine, il a été expulsé vers l'Autriche.

Le ...1961 le requérant a été arrêté par la police autrichienne et poursuivi, en application de l'article 36 du Code pénal autrichien, pour ce même vol, commis en Allemagne. L'article 36 est ainsi libellé:

- «1) Tout citoyen autrichien qui, ayant commis un crime ou délit à l'étranger, sera revenu en territoire autrichien, sera jugé conformément au présent Code pénal sans égard aux lois du pays étranger dans lequel le crime ou délit aura été commis et ne sera en aucun cas extradé.
- 2) Toutefois, s'il a déjà été condamné à l'étranger pour les mêmes faits, il sera tenu compte de la peine subie pour fixer celle qui lui sera infligée en vertu du présent Code pénal.»

Le ...1962, le tribunal régional (*Landesgericht*) de B. a condamné le requérant à cinq ans d'emprisonnement, estimant d'après le requérant que la condamnation à 25 mois d'emprisonnement prononcée par le tribunal allemand précité, et les 17 mois effectivement subis, constituaient une peine trop légère. Le requérant n'a pas fait appel de cette décision car la condamnation à cinq années d'emprisonnement est la peine minima prévue par le droit autrichien (article 191 du Code pénal) et, n'ayant jamais nié sa culpabilité, il ne pouvait espérer bénéficier en appel d'une condamnation plus légère.

Considérant que le requérant prétend qu'il est contraire à la Convention de punir une personne deux fois pour le même crime ou délit.

EN DROIT

Considérant que la présente requête soumet pour la première fois à la Commission le problème de la validité du principe «*non bis in idem*»; — une

personne peut-elle être jugée pour un crime ou un délit alors qu'une juridiction compétente l'a déjà acquittée ou condamnée pour ce même crime ou délit? —;

Considérant que la situation en question résulte du fait que le requérant, condamné par un tribunal d'un Etat étranger, a également été jugé par un tribunal de l'Etat dont il est ressortissant, conformément aux dispositions du Code pénale de cet Etat;

Considérant que la Convention garantit uniquement les droits et libertés définis en son Titre I; que seule la violation alléguée d'un de ces droits ou libertés peut faire l'objet d'une requête recevable devant la Commission;

Considérant que le requérant, en présentant la cause à la Commission, ne s'est référé à aucun des articles de la Convention;

Considérant que la Commission ayant procédé à l'examen *d'office* de la cause, estime que l'article 6, ni aucun autre article de la Convention, ne garantit soit expressément, soit implicitement, le principe *non bis in idem*;

Que la Commission ne peut, dès lors, connaître de cette requête et doit se déclarer incompétente *ratione materiae*;

Qu'il appert donc que la présente requête est incompatible avec les dispositions de la Convention et doit être rejetée de ce chef par application de l'article 27, paragraphe 2 de ladite Convention;

Par ces motifs, la Commission

DECLARE LA REQUETE IRRECEVABLE.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

DECISÃO PROFERIDA NO CASO MALONE CONTRA O REINO UNIDO

- I. A decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, que admite a queixa, fixa o objecto do «caso».
- II. As comunicações telefónicas estão abrangidas nos conceitos de «vida privada» e «correspondência» do art.º 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
- III. A intercepção de comunicações telefónicas não é, em princípio, lícita numa sociedade democrática.
- IV. Nos casos excepcionais em que a intercepção é consentida pela Convenção importa, além do mais, que esteja prevista na lei interna (direito escrito ou direito não escrito) que há-de ser clara e precisa, contendo meios de protecção contra o arbítrio dos poderes públicos.
- V. É lícito aos serviços dos telefones adoptar aparelhos de registo nos números contactados por determinado posto e as horas de duração das conversações. A comunicação dos dados recolhidos a outras entidades, sem o consentimento do assinante, viola o direito consagrado no art.º 8.º da Convenção.

P.F.

DECISÃO:

En l'affaire Malone.

La Cour européenne des Droits de l'Homme, statuant en séance plénière par application de l'article 50 de son règlement et composée des juges dont le nom suit:

MM. G. Wiarda, *président*,
R. Ryssdal,
J. Cremona,
Thór Vilhjálmsson,
W. Ganshof van der Meersch,
Mme D. Bindschedler-Robert,
MM. D. Evrigenis,
G. Lagergren,
F. Gölcüklü,
F. Matscher,
J. Pinheiro Farinha,
E. García de Enterría,
L.—E. Pettiti,
B. Walsh,
Sir Vincent Evans,
MM. R. Macdonald,
C. Russo,
J. Gersing,

ainsi que de MM. M.—A. Eissen, *greffier*, et H. Petzold, *greffier adjoint*,

Après avoir délibéré en chambre du conseil les 22 et 23 février, puis le 27 juin 1984,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date:

PROCEDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme («la Commission») le 16 mai 1983, dans le délai de trois mois ouvert par les articles 32 par. 1 et 47 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention»). A son origine se trouve une requête (n.º 9691/79) dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont un ressortissant de cet Etat, M. James Malone, avait saisi la Commission le 19 juillet 1979 en vertu de l'article 25.

2. La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration de reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour par le Royaume-Uni (article 46). Elle a pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent, de la part de l'Etat défendeur, un manquement aux obligations lui incombant aux termes des articles 8 et 13 de la Convention.

3. En réponse à l'invitation prescrite à l'article 33 par. 3 d) du règlement, M. Malone a exprimé le désir de participer à l'instance pendante devant la Cour et a désigné ses conseils (article 30).

4. La chambre de sept juges à constituer comprenait de plein droit Sir Vincent Evans, juge élu de nationalité britannique (article 43 de la Convention), et M. G. Wiarda, président de la Cour (article 21 par. 3 b) du règlement). Le 27 mai 1983, celui-ci en a désigné par tirage au sort les cinq autres membres, à savoir M. M. Zekia, Mme D. Bindschedler-Robert, M. G. Lagergren, M. R. Bernhardt et M. J. Gersing, en présence du greffier (articles 43 *in fine* de la Convention et 21 par. 4 du règlement).

Par la suite, MM. B. Walsh et E. Garcia de Enterría, juges suppléants, ont remplacé MM. Zekia et Bernhardt, empêchés (articles 22 par. 1 et 24 par. 1 du règlement).

5. Ayant assumé la présidence de la chambre (article 21 par. 5 du règlement), M. Wiarda a recueilli par l'intermédiaire du greffier l'opinion de l'agent du gouvernement britannique («le Gouvernement»), du délégué de la

Commission et des conseils du requérant sur la nécessité d'une procédure écrite. Le 24 juin, il a décidé que lesdits agent et conseils auraient jusqu'au 16 septembre pour présenter des mémoires auxquels le délégué pourrait répondre par écrit dans les deux mois du jour où le greffier lui aurait communiqué le dernier déposé d'entre eux (article 37 par. 1).

Le 14 septembre, le président a prorogé jusqu'au 14 octobre chacun des délais accordés à l'agent et aux conseils.

6. Le mémoire du Gouvernement est parvenu au greffe le 14 octobre, celui du requérant le 25. Le secrétaire de la Commission a informé le greffier, par une lettre reçue le 22 décembre, que le délégué ne souhaitait pas répondre par écrit mais formulerait ses observations lors des audiences.

7. Le 27 octobre, la chambre a résolu à l'unanimité de se dessaisir au profit de la Cour plénière (article 50). Le même jour, le président de la Cour a fixé au 20 février 1984 la date d'ouverture de la procédure orale après avoir consulté agent du Gouvernement, délégué de la Commission et conseils du requérant par l'intermédiaire du greffier (article 38).

8. Par une lettre arrivée le 6 octobre 1983, le Syndicat des techniciens et ingénieurs des postes (*Post Office Engineering Union*, «la POEU») a sollicité, en vertu de l'article 37 par. 2 du règlement, l'autorisation de présenter des observations écrites, indiquant notamment son «intérêt professionnel spécifique» pour l'affaire et cinq thèmes qu'il désirait développer par écrit. Le président y a consenti le 3 novembre, mais dans des limites plus étroites que celles de la demande: les observations, a-t-il précisé, ne devraient porter que sur certains des points de la liste suggérée par la POEU et dans la seule mesure où ils «se rapport [ai] ent aux questions particulières de violation alléguée de la Convention à trancher par la Cour» en l'espèce. Il a aussi ordonné que les observations fussent déposées pour le 3 janvier 1984 au plus tard.

Le 16 décembre 1983, le président a prorogé ce délai de trois semaines. Les observations de la POEU sont parvenues au greffe le 26 janvier 1984.

9. Le 17 février 1984, les conseils du requérant ont transmis les demandes de satisfaction équitable formulées par ce dernier au titre de l'article 50 de la

Convention. Le même jour, le Gouvernement a fourni deux documents dont le greffier avait réclamé la production sur les instructions du président. Par une lettre reçue le 19 février, le Gouvernement a, en vue de faciliter les audiences du lendemain, apporté des éclaircissements sur un point de l'affaire.

10. Les débats se sont déroulés en public le 20 février, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg. La Cour avait tenu immédiatement auparavant une réunion préparatoire.

Ont comparu:

— *pour le Gouvernement*

M. M. Eaton, juriste, ministre des Affaires étrangères
et du Commonwealth *agent,*

Sir Michael Havers, Q.C., M.P.,
Attorney General,

M. N. Bratza, avocat, *conseils,*

M. H. Steel, *Law Officers' Department,*
Mme S. Evans, conseiller juridique,
ministère de l'Intérieur, *conseillers;*

— *pour la Commission*

M. C. Nørgaard, président de la Commission, *délégué;*

— *pour le requérant*

M. C. Ross-Munro, Q.C.,
M. D. Serota, avocat, *conseils.*

La Cour a entendu en leurs plaidoiries, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions, Sir Michael Havers pour le Gouvernement, M. Nørgaard pour la Commission et M. Ross-Munro pour le requérant.

11. Le 27 février, en exécution d'un engagement pris à l'audience, le Gouvernement a communiqué des extraits d'un document invoqué lors de celle-ci. Par une lettre reçue le 5 juin, il a envoyé au greffier le texte d'un amendement à ce document.

FAITS

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPECE

12. Né en 1937, M. James Melone habite à Dorking, dans le Surrey. En 1977 il était antiquaire, mais semble avoir cessé ce commerce depuis lors.

13. Le 22 mars 1977, M. Malone fut inculpé de plusieurs délits de recel de biens volés. Son procès, qui se déroula en juin et août 1978, aboutit à une décision de relaxe sur certains points; le jury ne put se mettre d'accord sur les autres. L'intéressé passa derechef en jugement pour ces derniers entre avril et mai 1979. Le jury n'ayant pas davantage réussi à s'entendre, le requérant fut à nouveau renvoyé en jugement, puis acquitté car l'accusation n'avait pas offert de preuves.

14. Lors du premier procès, il apparut que le détail d'une conversation téléphonique que M. Malone avait eue avant le 22 mars 1977 figurait dans le carnet du policier chargé de l'enquête. L'avocat de l'accusation reconnut alors que cette conversation avait été interceptée en vertu d'un mandat délivré par le ministre de l'Intérieur.

15. En octobre 1978, le requérant engage devant la *Chancery Division* de la *High Court* une action civile contre le préfet de police du Grand-Londres (*Metropolitan Police Commissioner*), pour faire déclarer, notamment, que l'interception, la surveillance et l'enregistrement de conversations sur ses lignes téléphoniques, opérés sans son consentement, étaient illicites même s'ils se fondaient sur un mandat du ministre de l'Intérieur. Le *Solicitor General* intervint dans la procédure au nom du ministre, mais non en qualité de partie. Le 28 février 1979, le vice-président de la *Chancery Division*, Sir Robert Megarry, débouta le requérant (*Malone v. Commissioner of Police of the Metropolis* (Nº 2), *All England Law Reports*, 1979, vol. 2 p. 620; publié aussi dans *Weekly Law Reports*, 1979, vol. 2, p. 700). Cette décision se trouve résumée plus loin (paragraphes 31-36).

16. De surcroît, le requérant croit que sa correspondance et ses conversations téléphoniques ont été interceptées depuis des années. Il appuie cette con-

viction sur des retards de distribution et sur des indices d'ouverture de son courrier. En particulier, il a produit devant la Commission des lots d'enveloppes qu'on lui avait remises soit fermées par des rubans adhésifs du même type soit non cachetées. Quant à ses communications téléphoniques, il aurait entendu des bruits inhabituels dans son téléphone et la police aurait détenu à certaines époques des renseignements qu'elle ne pouvait se procurer qu'en écoutant ses conversations téléphoniques. Il pense que ces mesures ont continué après son acquittement.

Le Gouvernement reconnaît que la seule conversation sur laquelle le procès du requérant ait apporté des éléments avait été interceptée pour le compte de la police, en vertu d'un mandat décerné par le ministre de l'Intérieur pour empêcher et découvrir des infractions. Elle aurait eu lieu en pleine conformité avec le droit et les pratiques applicables. Rien n'a été divulgué pendant ledit procès, ni pendant celui de M. Malone contre le préfet de police, sur le point de savoir si non propre poste avait été placé sur table d'écoute ou s'il y avait eu interception d'autres entretiens téléphoniques de l'intéressé et, dans l'affirmative, desquels. Le principal motif du silence ainsi observé aurait consisté dans la crainte de voir des révélations nuire au bu des écoutes et servir aussi à repérer, donc menacer, d'autres sources de renseignements de la police, en particulier des indicateurs. Pour des raisons analogues, le Gouvernement a refusé de préciser à la Commission et à la Cour si et dans quelle mesure les communications téléphoniques et postales du requérant avaient été interceptées pour le compte de la police. Il nie toutefois que le recachetage, à l'aide de ruban adhésif, des enveloppes produites devant la Commission, ou leur délivrance à l'état décacheté, s'expliquent directement ou non par une interception. Il concède que le requérant, soupçonné à l'époque par la police de se trouver mêlé au recel de biens volés et notamment d'antiquités, se rangeait par là même dans une catégorie d'individus exposés aux interceptions.

17. En outre, M. Malone pense que sa ligne a été, à la demande de la police, reliée à un instrument de «comptage» enregistrant automatiquement tous les numéros formés sur le cadran. A l'appui de cette opinion, il allègue qu'au moment de son inculpation, en mars 1977, une vingtaine de personnes auxquelles il avait récemment téléphoné firent l'objet de perquisitions domiciliaires de la part de la police. D'après le Gouvernement, cette dernière n'a ni provoqué le «comptage» des appels téléphoniques de l'intéressé ni entrepris la moindre perquisition sur la base d'une liste de numéros recueillis de la sorte.

18. En septembre 1978, le requérant invita le *Post Office* et le bureau des plaintes de la police à éliminer de son téléphone le système d'écoute dont il flairait l'existence. Ils lui répondirent tous deux que la question échappait à leur compétence.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE APPLICABLES

A. Introduction

19. L'aperçu qui suit porte uniquement sur le droit et la pratique applicables, en Angleterre et au pays de Galles, à l'interception de communications opérée par la police afin d'empêcher et découvrir des infractions. On entend ici par «interception» le fait de se procurer des renseignements sur le contenu d'une communication postale ou téléphonique sans l'accord des intéressés.

20. En Angleterre et au pays de Galles, l'interception des communications postales et téléphoniques se pratique depuis longtemps en vertu d'un mandat décerné par un ministre, à l'heure actuelle normalement le ministre de l'Intérieur. Il n'existe pas en la matière de code général, mais diverses dispositions législatives entrent en jeu. Leur effet en droit interne prête à controverse en l'espèce. En conséquence, le présent résumé se limite aux points non contestés, les observations relatives aux aspects litigieux figurant dans la partie «En droit».

21. Trois rapports officiels accessibles au public ont décrit et étudié le fonctionnement du système d'interception des communications.

En premier lieu, un comité de conseillers privés, sous la présidence de Lord Birkett, a été nommé en juin 1957 «pour analyser l'exercice par le ministre du pouvoir d'intercepter les communications et notamment pour rechercher en vertu de quel mandat, dans quelle mesure et dans quels buts ce pou-

voir a été utilisé et à quoi ont servi les informations ainsi recueillies; et pour recommander si, comment et moyennant quelles garanties ce pouvoir doit s'exercer (...)). Le rapport du comité («le rapport Birkett») a paru en octobre 1957 (*Command Paper* 283). Le gouvernement de l'époque a déclaré qu'il acceptait le document avec ses recommandations et qu'il prenait immédiatement des dispositions pour mettre en oeuvre celles qui appelaient une modification de la procédure. Des gouvernements ultérieurs, par la bouche du premier ministre ou du ministre de l'Intérieur, ont réaffirmé publiquement devant le Parlement que les arrangements relatifs à l'interception des communications respectaient scrupuleusement les procédures décrites et préconisées dans le rapport Birkett.

Deuxièmement, un livre blanc intitulé «L'interception des communications en Grande-Bretagne» a été soumis au Parlement par le ministre de l'Intérieur de l'époque en avril 1980 (*Command Paper* 7873, «le Livre blanc»). Il visait à actualiser le rapport Birkett.

Enfin, un rapport de Lord Diplock, *Lord of Appeal in Ordinary*, désigné pour surveiller d'une manière permanente les procédures en cause (paragraphes 54 et 55 ci-dessous), a été publié en mars 1981, indiquant les résultats de la tâche accomplie par l'auteur jusqu'à cette date.

22. De son côté, le vice-président de la *Chancery Division* a examiné, dans le jugement qu'il a prononcé sur l'action du requérant contre le préfet de police du Grand-Londres, le fondement juridique de la pratique de l'interception des communications téléphoniques (paragraphes 31-36 ci-dessous).

23. Depuis 1957, date de l'adoption du rapport Birkett, l'organisation des services postaux et téléphoniques a subi certains changements. Le *Post Office*, qui dirigeait ces deux secteurs, formait alors un ministère placé sous l'autorité directe d'un ministre (le *Postmaster General*). La loi de 1969 sur le *Post Office* l'a transformé en une entreprise publique jouissant d'une certaine indépendance l'égard de l'Etat mais soumise à divers pouvoirs de tutelle exercés à l'époque des faits par le ministre de l'Intérieur. La loi de 1981 sur les *British Telecommunication* a abrogé en partie et amendé ladite loi de 1969. Elle a scindé le service des postes en deux sociétés: le *Post Office* et les *British Telecommunications*, chargés respectivement du courrier et du téléphone. Elle n'a

pas apporté de modification significative au droit régissant les interceptions. Pour plus de commodité, le présent arrêt renvoie la situation antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de 1981.

B. Le régime juridique des interceptions de communications avant 1969

24. On admet de longue date l'existence d'un pouvoir, dévolu au ministre de l'Intérieur, d'autoriser par mandat l'interception de la correspondance, autrement dit la retenue et l'ouverture du courrier expédié par la poste, et le public n'en ignore pas l'exercice (rapport Birkett, partie I, en particulier les paragraphes 11, 17 et 39). L'origine juridique exacte de ce pouvoir de l'exécutif est obscure (*ibidem*, paragraphe 9). Néanmoins, bien qu'aucune des lois sur le *Post Office* (de 1710, 1837, 1908 ou 1953) n'ait renfermé de disposition conférant expressément pareil pouvoir, elles ont toutes reconnu son existence et la licéité de l'exercer (*ibidem*, paragraphes 17 et 38).

25. A l'époque du rapport Birkett, le texte législatif le plus récent reconnaissant le droit d'intercepter les communications postales figurait à l'article 58 par. 1 de la loi de 1953 sur le *Post Office*, ainsi libellé:

«Se rend coupable d'un délit l'agent du *Post Office* qui, en violation de ses obligations, ouvre (...) un objet postal en voie d'acheminement par la poste, ou le retient ou retarde délidérément (...).

Le présent article ne vaut pas pour (...) l'ouverture, la retenue ou le retardement d'un objet postal (...) pour obéir à un mandat exprès signé par un ministre.»

L'article 87 par. 1 de la loi définit l'«objet postal» en ces termes:

«une lettre, une carte postale, une carte postale-réponse, un journal, un imprimé, un échantillon et tout colis ou article pouvant être acheminé par la poste, y compris un télégramme».

L'article 58, toujours en vigueur, reproduit une clause qui n'a guère changé depuis 1710.

26. En ce qui concerne les télécommunications, la «divulgarion abusive à une personne du contenu d'un message» par un agent du *Post Office* se trouve érigée en infraction par l'article 45 de la loi de 1863 sur le télégraphe et, mutatis mutandis, par l'article 11 de la loi de 1884 sur la protection du *Post Office*; en outre, l'article 20 de la loi de 1868 sur le télégraphe qualifie d'infraction le fait pour un agent du *Post Office* «de révéler ou d'intercepter, en violation de ses obligations, le contenu ou une partie du contenu d'un message télégraphique ou autre confié au (*Post Office*) pour transmission».

Ces dispositions demeurent en vigueur.

27. Selon un jugement de 1880 (*Attorney General v. Edison Telephone Company, Queen's Bench Division*, 1880, vol. 6, p. 244), une conversation téléphonique constitue une «communication télégraphique» relevant des lois sur le télégraphe. En l'espèce, nul ne conteste que les infractions auxdites lois s'appliquent aussi aux conversations téléphoniques.

28. Le pouvoir d'intercepter les communications téléphoniques a été exercé de temps à autre en Angleterre et au pays de Galles depuis l'introduction du téléphone. Jusqu'en 1937, le *Post Office*, qui était un ministère, partait de l'idée que le pouvoir dont l'Etat se prévalait en interceptant des communications téléphoniques appartenait à toute entreprise de services téléphoniques et ne se heurtait pas à la loi. En conséquence, le ministère de l'Intérieur ne délivrait à cette fin aucun mandat; les autorités de police et le directeur général du *Post Office* convenaient entre eux des mesures à prendre en la matière. En 1937, le ministre de l'Intérieur et le *Postmaster General* (secrétaire d'Etat alors responsable de l'administration du *Post Office*) réexaminèrent la situation. On trouva par principe non souhaitable que des agents du *Post Office*

procèdent à des enregistrements de conversations téléphoniques et les transmettent à la police sans un ordre du ministre de l'Intérieur. On considéra que le pouvoir déjà ancien d'intercepter le courrier en vertu d'un mandat de ce ministre était, par nature, assez vaste pour englober les communications téléphoniques. Dès lors, le *Post Office* eut pour pratique de n'intercepter les conversations téléphoniques que sur mandat exprès du ministre (rapport Birkett, paragraphes 40-41).

Le comité Birkett estima que le pouvoir d'intercepter des communications téléphoniques reposait sur le pouvoir, préexistant à l'adoption des lois sur le *Post Office* et manifestement reconnu par elles (rapport Birkett, paragraphe 50). Il conclut (*ibidem*, par. 51):

«Nous croyons donc pouvoir décrire en ces termes l'état du droit:

- a) Le pouvoir d'intercepter des lettres s'exerce depuis les temps les plus reculés et une série de lois l'ont reconnu au fil des ans.
- b) Il s'étend aux télégrammes.
- c) On voit mal comment ne pas accepter l'idée que s'il y a un pouvoir licite d'intercepter les communications sous forme de lettres et de télégrammes, il est assez vaste pour englober les communications téléphoniques.»

C. La loi de 1969 sur le Post Office

29. En vertu de la loi de 1969, le service des postes a cessé d'être un ministère pour devenir une entreprise publique portant le nom de «*Post Office*», avec les attributions, obligations et fonctions définies dans la loi. Comme il ne relevait plus directement d'un ministre, il a fallu édicter des dispositions lé-

gislatives expresses quant à l'interception des communications sur mandat du ministre. L'article 80 de la loi précise en conséquence:

«A des fins et selon des modalités analogues à celles qui valaient pour le *Postmaster General* au moment de l'adoption de la présente loi, le *Post Office* peut être requis de faire le nécessaire pour fournir, à de hautes fonctionnaires de l'Etat, des informations sur des éléments et objets acheminés ou en cours de transmission par la voie des postes ou des télécommunications dont il assure le service.»

30. La loi de 1969 a aussi introduit, pour la première fois, un moyen de défense dont peut exciper une personne poursuivie pour infraction aux lois susmentionnées (paragraphe 26) sur le télégraphe et semblable à celui qu'offre 58 par. 1 de la loi de 1953 sur le *Post Office*. Cela ressort du paragraphe 1, alinéa 1, de l'annexe 5 à la loi:

«Dans toute procédure engagée pour infraction à l'article 45 de la loi de 1863 sur le télégraphe ou à l'article 11 de la loi de 1884 sur la protection du *Post Office*, et consistant à divulguer indûment le contenu d'un message ou d'une communication, ou pour infraction à l'article 20 de la loi de 1868 sur le télégraphe, l'intéressé peut se disculper en prouvant que l'acte constitutif de l'infraction a été accompli en exécution d'un mandat signé par un ministre.»

D. Le jugement de Sir Robert Megarry, vice-président de la Chancery Division, dans l'affaire Malone contre préfet de police du Grand-Londres

31. Par son action civile contre le préfet de police du Grand-Londres M. Malone cherchait notamment à entendre déclarer:

- que les «écoutes» (à savoir l'interception, la surveillance ou l'enregistrement) de conversations sur ses lignes téléphoniques, pratiquées sans accord, ou la révélation de leur contenu, étaient illégales même si elles se fondaient sur un mandat du ministre de l'Intérieur;
- qu'il avait des droits à la propriété, à l'intimité et au secret de ces conversations, et que pareilles écoutes et divulgation les méconnaissaient;
- que les écoutes opérées sur ses lignes téléphoniques violaient l'article 8 de la Convention.

Dans son jugement du 28 février 1979, le vice-président de la *Chancery Division* déclina sa compétence pour faire la déclaration requise quant à l'article 8 de la Convention. Il examina en détail le droit interne relatif aux écoutes téléphoniques, conclut en substance à la licéité de la pratique des écoutes pour le compte de la police, telle qu'elle se trouvait décrite dans le rapport Birkett, et débouta le demandeur.

32. Le vice-président estima que le problème à trancher en l'espèce se ramenait à ceci: les écoutes téléphoniques destinées à aider la police dans sa lutte contre la criminalité sont-elles illégales? Il le cerna ainsi:

«(...) la seule forme d'écoute téléphonique en cause est celle qui consiste en des enregistrements réalisés par des agents du *Post Office*, en quelque endroit du réseau téléphonique, et dans leur livraison à la police pour transcription et utilisation. Il ne s'agit pas d'une forme d'écoute recourant à des appareils électroniques qui assurent des transmissions sans fil, ni d'un quelconque procédé par lequel un individu s'introduit dans les locaux de l'abonné ou de quelqu'un d'autre pour y fixer des dispositifs d'écouter ou autres. Tout ce dont j'ai à connaître, c'est la légalité de l'écoute par l'enregistrement de conversations téléphoniques, pratiqué à partir de câbles qui, quoique reliés aux locaux de l'abonné, ne s'y trouvent pas.» (*All England Law Reports*, 1979, vol. 2, p. 629)

33. Le vice-président affirma qu'il n'existe pas de droit de propriété (par opposition au droit d'auteur) sur le texte d'une conversation téléphonique (*ibidem*, p. 631).

Quant au reste de la thèse du requérant, fondée sur l'intimité et le secret, il fit observer d'abord que l'on ne pouvait s'inspirer de la jurisprudence concernant d'autres types de mandat. A la différence d'une perquisition domiciliaire, l'écoute téléphonique pratiquée dans les locaux du *Post Office* n'emportait pas violation de domicile et n'était donc pas à première vue illégale (*ibidem*, p. 640). Le vice-président nota en second lieu, quant au mandat du ministre de l'Intérieur, que ce document n'était pas «censé délivré en vertu d'un texte législatif ou de la *common law*». L'introduction de ce genre de mandat en 1937 semblait «manifestement avoir découlé d'une décision administrative que la loi ne dictait ni n'exigeait nullement» (*ibidem*). Le vice-président renvoya cependant à l'article 80 de la loi de 1969 sur le *Post Office* et à l'annexe 5 à cette loi, dont le *Solicitor General* avait tiré certains arguments ainsi résumés:

«Bien que les arrangements antérieurs aient été purement administratifs, le rapport Birkett les a exposés il y a une douzaine d'années et l'article s'y réfère à l'évidence (...). Nul besoin de mandat pour rendre l'écoute légale: elle l'est sans aucun mandat. Toutefois, lorsqu'elle est opérée en vertu d'un mandat (...) [l'article 80] apporte une consécration législative de sa légalité.» (*ibidem*, p. 641)

«Pour l'essentiel», déclara le vice-président, «ces arguments me paraissent valables». Il admit que la loi de 1969 avait «clairement reconnu au mandat du ministre de l'Intérieur une portée juridique effective puisqu'il fourn[issai]t un moyen de défense contre certaines accusations pénales et, de surcroît, exige[ait] effectivement du *Post Office* l'accomplissement de certains actes» (*ibidem*, pp. 641-642).

Le vice-président ajouta que le droit anglais ne garantissait aucun droit général à l'intimité ni, contrairement à ce que prétendait le requérant, aucun droit particulier à échanger chez soi des conversations téléphoniques sans intrusion de tiers (*ibidem*, pp. 642-644). En outre, le *Post Office* n'avait aucune

obligation de secret envers l'abonné au téléphone. Il n'existait pas non plus d'obligation au secret pour quiconque avait entendu une conversation téléphonique, au moyen d'écoutes ou autrement (*ibidem*, pp. 645-647).

34. Au sujet des arguments fondés sur la Convention, le vice-président constata d'abord que celle-ci ne faisait point partie du droit anglais et ne conférait donc pas au requérant des droits directs dont il pût se prévaloir devant les tribunaux anglais (*ibidem*, p. 647).

Il examina ensuite la thèse selon laquelle la Convention, telle que la Cour européenne l'a interprétée dans l'affaire *Klass* et autres (arrêt du 6 septembre 1978, série A n.º 28), pouvait aider à déterminer le droit anglais en cas d'incertitude. Il nota qu'il ne se trouvait pas appelé à interpréter une législation adoptée pour donner effet à des obligations découlant de la Convention. Lorsque le Parlement s'abstenait de légiférer sur un point qui s'y fût manifestement prêté, il était difficile aux tribunaux de poser des règles nouvelles assurant le respect des engagements assumés par traité ou de découvrir pour la première fois que pareilles règles avaient toujours existé. Après avoir comparé le système de garanties examiné dans l'affaire *Klass* avec le système anglais, décrit par le rapport *Birkett*, Sir Robert Megarry conclut:

«(...) Le droit anglais en vigueur ne connaît pas l'ombre de ces garanties et seules quelques dispositions correspondantes se rencontrent dans la pratique administrative.

Il n'en résulte certes pas qu'un système présentant des garanties moindres ou différentes ne puisse pas satisfaire à l'article 8 aux yeux de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Néanmoins, on ne saurait lire l'arrêt *Klass* sans se rendre à une évidence: un système n'offrant aucune garantie juridique aurait peu de chances de répondre aux exigences de cette Cour, quelles que puissent être les dispositions administratives. (...) Même si le système [fonctionnant en Angleterre] était considéré comme suffisant en soi, il s'agit d'une simple pratique administrative; il ne revêt pas un caractère juridiquement contraignant et peut, en droit, changer à tout moment sans préavis ni notification ultérieure. Assurément, le droit anglais manque de «garanties adéquates et effectives contre les abus» et, à cet égard soutient très mal la

comparaison avec le droit de l'Allemagne de l'Ouest; en la matière, il ne saurait inspirer aucune fierté.

Je n'aperçois donc pas comment on pourrait le trouver compatible avec la Convention, telle que l'a interprétée l'arrêt Klass, tant que non seulement il ne prohibera pas toutes les écoutes téléphoniques, sauf dans certaines catégories de cas dûment limitées, mais encore il ne prévoira pas en détail des restrictions à l'exercice du pouvoir dans ces catégories-là.»

Cette conclusion ne permit cependant pas au vice-président de statuer dans le sens souhaité par le requérant:

«Il se peut que la *common law* soit assez féconde pour réussir à observer le premier [de ces deux impératifs]; on peut découvrir dans ce que j'ai déjà dit d'éventuelles manières de formuler une telle norme. En revanche, j'ai les plus grandes peines à imaginer comment la *common law* instaurerait les garanties voulues par le second impératif. Il faudrait créer divers services ou institutions chargés de fonctions bien définies. Plus une question est complexe et imprécise, plus un tribunal a du mal à faire ce qui relève en réalité du législateur et de lui seul. En outre, je ne discerne guère ce qui, en l'occurrence, obligerait les juridictions anglaises à s'attaquer à pareil problème. Donnez libre cours à la Convention, et il est manifeste que quand la surveillance vise à la recherche des infractions, il ne s'agit pas de savoir si on doit l'interdire de manière générale et absolue, mais dans quelles circonstances, à quelles conditions et moyennant quelles restrictions on doit l'autoriser. Ces circonstances, conditions et restrictions figurent au coeur du présent litige; or ce sont elles qui se prêtent le moins à une décision judiciaire.

(...) La réglementation d'une matière aussi complexe que les écoutes téléphoniques appartient avant tout au Parlement et non aux tribunaux; ni la Convention ni l'arrêt Klass ne sauraient, selon moi, aider à trancher le problème dont je suis saisi.» (*ibidem*, pp. 647-649)

Il ajouta: «L'affaire me semble montrer clairement que les écoutes téléphoniques forment un domaine appelant à grands cris une intervention du législateur». Et de poursuivre:

«La protection du public contre le crime peut commander dans certains cas le recours de la police aux écoutes téléphoniques, mais si vrai que ce soit la liberté et la justice me paraissent militer, dans un système juridique civilisé, pour l'octroi aux usagers de garanties efficaces et indépendantes contre des outrances éventuelles. Le fait de soupçonner un usager d'une infraction accroît cette exigence plutôt qu'il ne la diminue car des soupçons, bien que raisonnables, se révèlent parfois dénués de tout fondement. Des garanties efficaces et indépendantes n'empêcheraient pas seulement certains excès de zèle: par leur simple existence, elles rassureraient aussi dans une certaine mesure les personnes éprouvant de la rancune contre la police ou se croyant persécutées.» (*ibidem*, p. 649)

35. Restait une dernière question de fond: la thèse du requérant selon laquelle les écoutes téléphoniques étaient nécessairement illicites puisque ni une loi ni la *common law* n'avaient conféré le pouvoir d'y procéder. Le vice-président se prononça ainsi:

«J'ai déjà dit que si ces écoutes peuvent se pratiquer sans violation de la loi, elles n'ont pas besoin d'être autorisées par un texte ou par la *common law*; elles peuvent avoir lieu légalement pour la bonne raison que rien ne les rend illégales. A présent j'ai constaté que l'on peut, de fait, en opérer sans enfreindre la loi en aucune sorte; l'argument tombe donc forcément. J'ajouterai que la reconnaissance législative du mandat du ministre de l'Intérieur me paraît aller manifestement dans le même sens.» (*ibidem*, p. 649)

36. En conséquence, le vice-président débouta le requérant de la totalité de son action. Il formula les remarques suivantes sur la portée de sa décision:

«S'il m'a fallu en conclusion traiter de nombre de points, ma décision proprement dite n'en demeure pas moins très limitée. Elle ne concerne que l'écoute des lignes téléphoniques d'un individu déterminé, effectuée par le *Post Office* dans ses propres locaux et en vertu d'un mandat du ministre de l'Intérieur, dans un cas où la police a un motif ou

une excuse valable de demander l'écoute — l'aider à lutter contre la criminalité en la prévenant, la dépistant, découvrant les délinquants ou d'une autre manière — et où elle seule exploite, et uniquement à ces fins, les renseignements recueillis. En particulier, je ne décide rien quant aux écoutes opérées dans d'autres buts, par d'autres personnes ou par d'autres moyens; rien non plus sur celles dont le résultat est livré à d'autres qu'à la police ou utilisé par elle à des fins différentes de celles que j'ai mentionnées. Il se peut que les principes se dégageant de mon jugement soient de quelque assistance dans de telles hypothèses, par analogie ou autrement, mais ma décision elle-même se trouve circonscrite de la façon que je viens d'indiquer.» (*ibidem*. p. 651)

E. L'examen ultérieur de la nécessité de légiférer

37. Depuis le jugement de Sir Robert Megarry, le gouvernement a étudié la nécessité de légiférer sur l'interception des communications et le Parlement en a débattu. Le 1^{er} avril 1980, dès la publication du Livre blanc, le ministre de l'Intérieur annonça aux Chambres qu'après examen attentif des suggestions figurant dans ledit jugement, le gouvernement avait résolu de ne pas déposer de projet de loi. Il s'en explique ainsi:

«L'interception de communications est, par définition, une pratique dont l'efficacité et la valeur dépendent du secret de son exécution. On ne saurait donc la soumettre aux mécanismes habituels du contrôle parlementaire. Pour être acceptable dans une société démocratique, elle doit subir un contrôle ministériel; il faut en outre que les citoyens et leurs représentants au Parlement se montrent prêts à se fier aux ministres concernés pour exercer ce contrôle de manière responsable et avec une juste conscience tant de l'importance de l'interception comme moyen de préserver l'ordre et la sécurité que la menace pouvant en résulter pour la liberté.

Dans les limites nécessaires du secret, mes collègues et moi-même répondons devant le Parlement de notre gestion en la matière. Faire relever ces questions secrètes de la compétence des tribunaux n'aurait pas plus de sens que de m'obliger à les révéler à la Chambre. Si une loi devait régir le pouvoir d'interception, il appartiendrait aux tribunaux de s'en occuper et cela sinon publiquement, du moins en présence du plaignant. Voilà qui restreindrait à coup sûr le recours aux interceptions comme instrument d'enquête. Le gouvernement est arrivé à la conclusion nette que les procédures, conditions et garanties décrites dans le Livre blanc assurent un contrôle ministériel rigoureux des interceptions, constituent pour la liberté une protection suffisante et ne seraient guère plus efficaces à cet égard si on les consacrait dans un texte législatif. Il a par conséquent décidé de ne pas déposer de projet de loi en ce domaine» (Hansard, Chambre des communes, 1^{er} avril 1980, col. 205-207).

Le ministre donna l'assurance que «le Parlement sera[it] informé de tout changement aux arrangements» (*ibidem*. col. 208).

38. Lors des travaux préparatoires de la loi de 1981 sur les *British Telecommunications*, on essaya d'insérer dans le projet de loi des dispositions qui auraient érigé en infraction le fait d'intercepter du courrier ou des messages transmis par des services publics des télécommunications autrement qu'en vertu d'un mandat délivré dans des conditions conformes, pour l'essentiel, à celles qu'analysait le Livre blanc. Le gouvernement combattit avec succès ces tentatives au motif surtout que le secret, indispensable à l'efficacité de la mesure, disparaîtrait si les modalités d'interception se trouvaient fixées par une loi et si les tribunaux pouvaient donc désormais en connaître; les modalités et garanties existantes lui paraissaient adéquates, les nouvelles dispositions proposées impraticables et inutiles (voir, par exemple, la déclaration du ministre de l'Intérieur devant la Chambre des communes le 1^{er} Avril 1981, Hansard, col. 334-338). En fin de compte, au paragraphe 1 de son annexe 3 la loi de 1981 reprend, pour les *British Telecommunications*, une disposition identique à l'article 80 de la loi de 1969 sur le *Post Office*, article qui continue de s'appliquer à ce dernier.

39. Dans son rapport de janvier 1981 au Parlement (*Command Paper* 8092), la Commission royale sur la procédure pénale — constituée en 1978 — se pencha aussi sur le point de savoir s'il fallait légiférer en la matière. Dans le chapitre intitulé «Pouvoirs d'investigation et droits du citoyen», elle formula la recommandation suivante au sujet de ce qu'elle appelait «la surveillance subreptice» (paragraphe 3.56-3.60):

«(...) malgré l'absence de preuve de l'inaptitude des contrôles existants à prévenir les abus, de puissants arguments militent, selon nous, en faveur de l'institution par la loi d'un système de contrôle analogue à celui que nous avons préconisé pour les mandats de perquisition. Comme pour tout ce qui a trait aux procédures d'enquête par la police, des prescriptions de caractère législatif offrent l'intérêt de donner aux règles précision et clarté, de les ouvrir au contrôle du public et, le cas échéant, du Parlement. Il n'en va pas ainsi, aujourd'hui, des dispositifs de surveillance en général.

(...)

Nous recommandons dès lors que la loi réglemente l'utilisation par la police de mécanismes de surveillance (y compris l'interception de lettres et de communications téléphoniques).»

Le gouvernement ne se rallia pas à ces recommandations.

40. Quelques mois plus tard, la *Law Commission*, organe permanent établi par une loi de 1965 pour promouvoir la réforme du droit, déposa un rapport sur le non-respect de la confidentialité (présenté au Parlement en octobre 1981 — *Command Paper* 8388). Elle y étudiait notamment les conséquences, sur le droit civil en la matière, de la collecte de renseignements au moyen d'instruments de surveillance et formulait diverses propositions d'amendement (paragraphe 6.35-6.46). Elle estima néanmoins que sortait du cadre de son rapport la question de savoir si «la loi devait définir les méthodes que la police (...) peut utiliser pour obtenir des informations» (paragraphe 6.43 et 6.44 *in fine*). Le gouvernement ne prit aucune mesure.

F. La pratique suivie en matière d'interception

41. Le Livre blanc gouvernemental de 1960 expose en détail les pratiques actuellement suivies en matière d'interception. Elles correspondent pour l'essentiel à celles que décrivait et recommandait le rapport Birkett et que premiers ministres et ministres de l'Intérieur successifs ont mentionnés dans leurs déclarations de 1957, 1966, 1978 et 1980 au Parlement.

42. La police, les services des douanes et accises et ceux de renseignement peuvent demander l'autorisation d'intercepter des communications pour «rechercher les auteurs d'infractions graves et protéger la sécurité de l'Etat» (paragraphe 2 du Livre blanc).

L'interception ne peut avoir lieu que sur l'accord du ministre, figurant dans un mandat signé de sa main. En Angleterre et au pays de Galles, le pouvoir de décerner ce genre de mandat est exercé par le ministre de l'Intérieur ou, en cas de maladie ou d'absence, par un autre ministre en son nom (*ibidem*). La délivrance de mandats sollicités par la police pour l'aider à rechercher les auteurs d'infractions se trouve subordonnée à la réunion de trois conditions:

- a) il doit s'agir d'une infraction «vraiment grave»;
- b) les méthodes normales d'enquête doivent avoir échoué ou n'avoir que peu de chance de réussir, vu la nature de l'affaire;
- c) il doit y avoir de bonnes raisons de penser qu'une interception conduira probablement à une arrestation et à une condamnation.

43. Comme l'indique le rapport Birkett (paragraphe 58-61), la notion «d'infraction grave» a évolué au fil des ans: certains actes sont devenus des infractions graves alors qu'auparavant on ne leur attribuait pas ce caractère; inversement, des infractions considérés jadis comme assez graves pour justifier la délivrance de mandats d'interception de communications ont cessé d'être jugées telles. Ainsi, l'interception de lettres présumées obscènes ou indécentes ne se pratique plus depuis le milieu des années 50 (rapport Birkett, paragraphe 60); aucun mandat destiné à empêcher la transmission de documents concernant des loteries illégales n'a été décerné depuis novembre 1953 (*ibidem*, para-

graphie 59). L'«infraction grave» est définie dans le Livre blanc et, sous réserve de la précision apportée dans le passage final, l'a toujours été depuis septembre 1951 (rapport Birkett, paragraphe 64), comme «une infraction pour laquelle un délinquant primaire peut s'attendre à trois ans d'emprisonnement ou une infraction moins grave dans laquelle de nombreuses personnes sont impliquées ou pour laquelle il y a tout lieu de redouter le recours à la violence» (Livre blanc, paragraphe 4). En avril 1982, le ministre de l'Intérieur a annoncé au Parlement qu'à la suite d'une recommandation formulée par Lord Diplock dans son second rapport (paragraphe 55 ci-dessous), la notion d'infraction grave d'étendrait aux infractions qui n'entraîneraient pas nécessairement une peine de trois ans d'emprisonnement pour un délinquant primaire, mais qui procureraient en cas de succès un gain très élevé (Hansard, Chambre des communes, 21 avril 1982, col. 95).

Aux termes de l'article 22 de la loi de 1968 sur le vol, le recel (y compris la réception) de biens que l'on sait ou croit volés constitue une infraction punissable d'au maximum quatorze ans d'emprisonnement. D'après le Gouvernement, il est regardé comme une infraction très grave car le receleur se trouve à la racine de la majeure partie de la délinquance organisée et encourage les vols de grande envergure (rapport Birkett, paragraphe 103). La détection des receleurs de biens volés était à l'époque du rapport Birkett (*ibidem*), et demeure, l'un des buts de l'interception des communications par la police.

44. Toute demande de mandat doit être présentée par écrit et préciser son objet ainsi que les faits et circonstances la justifiant. Elle est soumise au secrétaire général (*Permanent Under-Secretary of State*) — le plus haut fonctionnaire — du ministère de l'Intérieur (ou, en son absence, à un suppléant désigné) qui, s'il l'estime conforme aux conditions exigées, la communique au ministre pour approbation et pour signature du mandat. En cas d'urgence exceptionnelle, si le ministre se trouve dans l'impossibilité de signer immédiatement un mandat, il peut être invité à donner son accord de vive voix, par téléphone; un mandat est alors signé et délivré dans les meilleurs délais (Livre blanc, paragraphe 9).

Dans ses observations à la Commission et à la Cour, le Gouvernement a complété comme suit les indications fournies dans le Livre blanc. Sauf urgence exceptionnelle, le ministère de l'Intérieur n'examine une demande que si elle émane d'un haut fonctionnaire de la police de la capitale, en principe le préfet adjoint (délinquance) et, s'il s'agit d'une autre force de police, du

commissaire. Le ministre étudie chaque demande lui-même et de manière approfondie. Au cours du débat parlementaire d'avril 1981 consacré au projet de loi sur les *British Telecommunications*, le ministre de l'Intérieur de l'époque a confirmé qu'il ne signait et ne signerait aucun mandat d'interception sans être personnellement convaincu du respect des critères pertinents (Hansard, Chambre des communes, 1^{er} avril 1981, col. 336).

45. Sur le mandat figurent les nom et adresse du destinataire du courrier ou le numéro de téléphone à contrôler, ainsi que les nom et adresse de l'abonné. Toute modification requiert l'autorisation du ministre, qui peut déléguer son pouvoir au secrétaire général. Il faut deux mandats distincts pour intercepter tant le courrier que les communications téléphoniques d'une personne (Livre blanc, paragraphe 10).

46. Le mandat vaut pour une durée déterminée et précise la date à laquelle il expire sauf renouvellement. Les mandats valent d'abord pour un maximum de deux mois à compter de leur émission. Le renouvellement ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation personnelle du ministre et pour une période n'excédant pas un mois à chaque fois. Lorsqu'elle le sollicite, la police doit commencer par prouver au secrétaire général du ministère de l'Intérieur que les motifs de la délivrance initiale du mandat subsistent et que le renouvellement se justifie; une demande au ministre n'est présentée que dans ce cas (Livre blanc, paragraphe 11).

47. Les mandats font l'objet d'un examen mensuel par le ministre. Quand une interception ne passe plus pour nécessaire, il y est aussitôt mis fin et le mandat est annulé sur ordre du secrétaire général du ministère de l'intérieur. En sus de ce contrôle mensuel, la police de la capitale étudie elle-même chaque mois tous les mandats décernés à la demande de la police; lorsqu'une interception ne lui paraît plus s'imposer, elle donne des instructions au *Post Office* pour qu'il l'interrompe immédiatement et elle informe le ministère de l'Intérieur de telle sorte qu'il puisse annuler le mandat (rapport Birkett, paragraphes 72-74: Livre blanc, paragraphes 12-13).

48. Conformément aux recommandations du rapport Birkett (paragraphe 84), le ministère de l'Intérieur tient pour chaque demande de mandat un dossier indiquant:

- a) le motif invoqué;
- b) une copie du mandat délivré ou un avis de rejet de la demande;
- c) les dates de renouvellement du mandat;
- d) une mention de toute autre décision concernant ce dernier;
- e) la date d'annulation du mandat (Livre blanc, paragraphe 14).

49. Une fois le mandat décerné, l'interception est opérée par le *Post Office*. Les interceptions téléphoniques sont effectuées par une conversation mais sans l'écouter eux-mêmes, sauf de temps à autre pour s'assurer du bon fonctionnement du dispositif. S'il s'agit d'une communication postale, le *Post Office* en prend copie. En cas d'interception de communications pour la découverte d'infractions pénales, le «haut fonctionnaire de l'Etat» auquel l'article 80 de la loi de 1969 sur le *Post Office* oblige à fournir les informations interceptés (paragraphe 29 ci-dessus) est toujours, en pratique, le préfet de police du Grand-Londres. Le résultat de l'interception,, à savoir la copie de la lettre ou l'enregistrement sur bande, est communiqué à unité spéciale de la police de la capitale, qui note ou transcrit les seules parties de la correspondance ou de la conversation téléphonique se rapportant à l'enquête. Quand le compte rendu se trouve établi, la bande retourne au *Post Office* qui efface l'enregistrement; elle ressert ultérieurement. Le plus souvent, l'effacement a lieu dans la semaine qui suit l'enregistrement (rapport Birkett, paragraphes 115-117; Livre blanc, paragraphe 15).

50. Une circulaire récapitulative (*Consolidated Circular*) du ministère de l'Intérieur, adressée em 1977 à la police, contenait les paragraphes suivants sous la rubrique «Information de la police par le *Post Office*»:

«1.67. Les receveurs des postes et les chefs de centres téléphoniques ont reçu pouvoir d'aider la police comme l'indique le paragraphe 1.68 ci-dessous sans en référer à la direction générale du *Post Office*, dans les cas où la police recherche des renseignements

a) dans l'intérêt de la justice lors de l'enquête sur un crime (*indictable offence*) grave; ou

b) si elle agit dans une affaire sur les instructions du *Director of Public Prosecutions*; ou

c) si un mandat d'arrêt a été décerné contre le délinquant, ou si l'infraction est telle que celui-ci peut être arrêté sans mandat; ou

(...)

1.68. Les receveurs des postes ou (pour les questions touchant au service des télécommunications) les chefs de centres téléphoniques peuvent accorder les facilités ci-après à la demande du responsable local de la force de police dans la ville où se trouve le receveur des postes:

(...)

g) Télégrammes. Ils peuvent être montrés à la police avec l'accord de l'expéditeur ou du destinataire. En outre, le *Post Office* est disposé à y consentir dans des cas particuliers d'infraction pénale grave, lorsque l'examen d'un télégramme revêt un caractère urgent; il le fait dès qu'un commissaire de police ou un fonctionnaire agissant en son nom l'a demandé par téléphone à l'inspecteur en chef, division des enquêtes du *Post Office*, (...)

(...)

1.69 (...)

1.70. Pour toute question non couverte par les paragraphes 1.67 et 1.68 ci-dessus, si la police a besoin d'urgence de renseignements que le *Post Office* peut être en mesure de lui fournir à propos d'une infraction pénale grave, le policier chargé de l'enquête doit se mettre en rapport avec l'agent de permanence à la division des enquêtes du *Post Office*, qui acceptera d'entreprendre toute démarche nécessaire auprès

d'autres secteurs du *Post Office* et de communiquer toute information pouvant être donnée.»

En mai 1984, le ministère de l'Intérieur a enjoint aux commissaires de police de considérer le paragraphe 1.68 g) comme supprimé, sauf la première phrase complète, car il contenait des conseils et informations «trompeurs à certains égards». En même temps, il leur a rappelé que les procédures d'interception des communications étaient décrites dans le Livre blanc et scrupuleusement observées dans tous les cas.

51. Les notes ou transcriptions des communications interceptées demeurent auprès de l'unité spécialisée de la police pendant douze mois ou pendant le temps nécessaire pour les besoins de l'enquête pénale. Le contenu du compte rendu est communiqué aux responsables de l'unité de police chargée de celle-ci. On détruit le compte rendu lorsque les impératifs de l'enquête n'exigent plus de conserver les notes ou transcriptions (rapport Birkett, paragraphe 118; Livre blanc, paragraphe 15). Le résultat des interceptions sert exclusivement à aider la police dans ses investigations: on ne l'utilise pas comme élément de preuve, encore que l'interception puisse permettre de se procurer par d'autres moyens des renseignements que l'on peut employer de la sorte comme des preuves (rapport Birkett, paragraphe 151; Livre blanc, paragraphe 16). Conformément à la recommandation du comité Birkett (rapport Birkett, paragraphe 101), les informations recueillies grâce à une interception ne sont jamais divulguées à des particuliers, des organismes privés, des tribunaux ou des institutions administratives (Livre blanc, paragraphe 17).

52. La personne dont on a intercepté les communications n'est informée ni de l'interception pratiquée ni des renseignements ainsi obtenus, même après la fin de la surveillance et de l'enquête y relative.

53. Por des raisons de sécurité, on ne révèle pas d'ordinaire le nombre des interceptions opérées (rapport Birkett, paragraphes 119-121; Livre blanc, paragraphes 24-25). Cependant, afin d'apaiser les inquiétudes de public quant à étendue de la pratique, rapport Birkett et Livre blanc ont donné celui des mandats délivrés pendant les années qui ont précédé leur publication. Le Livre blanc (annexe III) signale qu'en Angleterre et au pays de Galles, entre 1969

et 1979, le ministre de l'Intérieur a décerné chaque année un peu plus de 400 mandats pour le téléphone et un peu moins de 100 pour le courrier. Son paragraphe 27 indique aussi le nombre total des mandats ministériels en vigueur le 31 décembre 1958 (237), 1968 (273) et 1978 (308). Or, selon le Gouvernement, à la fin de 1979 on comptait 26 428 000 téléphones installés, contre 7 327 000 à la fin de 1957; de son côté, le total des crimes et délits aurait quadruplé de 1958 à 1978, passant de 626 000 à 2 395 000.

54. Lors de la publication du Livre blanc le 1^{er} avril 1980, le ministre de l'Intérieur annonça au Parlement que si le gouvernement n'envisageait pas de déposer un projet de loi (paragraphe 37 ci-dessus), il entendait charger un haut magistrat de vérifier de manière continue et impartiale que l'interception se pratiquait conformément aux objectifs et procédures fixés. Son mandat se lisait ainsi:

«examiner en permanence les objectifs, procédures, conditions et garanties régissant l'interception des communications au nom de la police, des services des douanes et accises et de ceux de renseignement, tels que les expose [le Livre blanc]; et de faire rapport au premier ministre» (hansard, Chambre des communes, 1^{er} avril 1980, col. 107-208).

Le ministre précisa que cette personnalité aurait accès à tous les dossiers pertinents et le droit de demander des informations complémentaires aux services et organismes concernés. Aux fins de son premier rapport, qui serait publié, elle devrait étudier chacun des aspects du système analysé dans le Livre blanc; ses rapports ultérieurs sur le fonctionnement détaillé du mécanisme ne seraient pas publiés, mais le Parlement serait informé de toute constatation d'ordre général et de toute modification introduite (*ibidem*).

55. Lord Diplock, *Lord of Appeal in Ordinary* depuis 1968, se vit confier cette tâche. Dans son premier rapport, publié en mars 1981, il déclara notamment avoir relevé, sur la base d'un examen minutieux de cas apparemment représentatifs, choisis au hasard

(i) que chaque fois, les renseignements fournis au ministre par les services demandeurs à l'appui de la délivrance d'un mandat étaient formulés avec précision et franchise et que les modalités appliquées au sein desdits services pour le filtrage préalable des requêtes à adresser au ministre permettaient bien de détecter et corriger toute entorse aux normes à respecter;

(ii) que les mandats n'étaient sollicités que dans les cas appropriés et ne duraient pas de lien directe avec le but poursuivi; quant aux autres, ils n'avaient pas au-delà des exigences de leur objectif légitime.

Lord Diplock nota en outre que les résultats des interceptions avaient tous été rapidement détruits lorsqu'ils n'avaient pas de lien directe avec le but poursuivi; quant aux autres, ils n'avaient pas connu une diffusion plus large que ce qui s'imposait pour atteindre de dernier.

Au début de 1982, Lord Diplock présenta son second rapport. Comme le ministre le déclara au Parlement, la conclusion générale en était que pendant l'année 1981, la procédure d'interception des communications avait continué à se dérouler de manière satisfaisante et que tous les services intéressés avaient consciencieusement observé les principes consignés dans le Livre blanc.

Lord Diplock démissionna en 1982; Lord Bridge of Harwich, *Lord of Appeal in Ordinary* depuis 1980, le remplaça.

G. Le «comptage»

56. Par «comptage» (*metering*), on désigne l'emploi d'un mécanisme — un compteur combiné avec une imprimante — qui enregistre les numéros formés sur un appareil de téléphone donné ainsi que l'heure et la durée de chaque appel. Le *Post Office* l'a conçu pour son propre usage, en tant que société chargée de fournir des services téléphoniques; il s'agit en particulier de veiller à l'exactitude du montant des redevances demandées à l'abonné, examiner les doléances relatives à la qualité du service et dépister les abus éventuels. Lorsqu'il place un téléphone sous «comptage», le *Post Office* — désormais le *British Telecommunications* (paragraphe 23 ci-dessus) — n'utilise que des signaux adressées à lui-même.

L'Etat n'exige pas l'établissement de relevés de ce type par le *Post Office*, mais s'il y en a celui-ci peut être obligé de les fournir comme moyens de preuve à des procès civils ou pénaux de la manière habituelle, à savoir par voie de *subpoena*. A cet égard, le *Post Office* se trouve dans la même situation que tout autre possesseur de registres pertinents, tel un banquier. Ni la police ni l'Etat ne peuvent ordonner la production des relevés du *Post Office* autrement que par les moyens ordinaires.

Il arrive pourtant au *Post Office* de dresser et communiquer pareil relevé à la demande de la police si les renseignements sont indispensables pour une enquête concernant une infraction grave et ne peuvent être recueillis à une autre source. Cette pratique a plus d'une fois été rendue publique en réponse à des questions parlementaires (voir, par exemple, la déclaration du ministre de l'Intérieur devant le Parlement, Hansard, Chambre des communes, 23 février 1978, col. 760-761).

A. Les recours internes possibles en cas de violation alléguée de la Conventions

57. Commission, Gouvernement et requérant reconnaissent qu'au moins en théorie, il existe en Angleterre et au pays de Galles, en matière d'interception illicite de communications, des recours judiciaires devant les juridictions civiles et pénales. Ils résument ainsi les recours mentionnés par le Gouvernement:

(i) Une interception, ou la divulgation de renseignements interceptés, constituerait une infraction pénale selon les lois de 1963 et 1968 sur le télégraphe ainsi que selon la loi de 1884 sur la protection du *Post Office* (pour les interceptions téléphoniques) et la loi de 1953 sur le *Post Office* (pour les interceptions postales) si un agent du *Post Office* y procédait «en violation de ses obligations» ou «irrégulièrement» et sans mandat du ministre (paragraphes

25-27 ci-dessus). En cas de plainte pour interception illégale de communications, la police serait tenue d'enquêter et d'entamer des poursuites si elle croyait constater une infraction. Si la police, elle, négligeait de le faire, le plaignant pourrait présenter une citation directe.

(ii) Dans l'hypothèse d'une interception illicite par un agent du *Post Office* en l'absence de mandat, un individu pourrait en outre obtenir: des tribunaux internes une injonction interdisant à l'intéressé ou aux intéressés, ainsi qu'au *Post Office* lui-même, de continuer à intercepter illégalement ses communications; cette ressource s'offre à quiconque peut prouver qu'une infraction pénale a porté atteinte à un droit ou intérêt privés (voir, par exemple, *Gouriet v. The Union of Post Office Workers*, *All England Law Reports*, 1977, vol. 3, p. 70; *Ex parte Island Records Ltd.*, *All England Law Reports*, 1978, vol. 3, p. 795).

(iii) Pour les mêmes motifs, on pourrait demander une injonction prohibant la divulgation ou diffusion par les agents du *Post Office*, du contenu de communications interceptées sans mandat du ministre, ou à toute personne autre que des fonctionnaires de police.

En sus de ces recours, une ingérence non autorisée dans le courrier constituerait normalement en droit civil une atteinte illicite aux biens et donnerait donc ouverture à une action en dommages-intérêts.

58. En outre, le Gouvernement a indiqué des recours non judiciaires éventuels:

(i) Si la police se trouvait elle-même mêlée à une interception pratiquée sans mandat, une plainte supplémentaire pourrait être déposée en vertu de l'article 49 de la loi de 1964 sur la police; un commissaire de police aurait alors l'obligation d'enquêter et, s'il estimait qu'il y a eu infraction, d'en référer au *Director of Public Prosecutions*.

(ii) Si un plaignant était en mesure d'établir seulement que la police ou le ministre ont mal apprécié les faits ou qu'il n'existait pas de bonnes raisons d'opérer une interception, il pourrait se plaindre au ministre lui-même directement, ou par l'intermédiaire de son député; s'il lui communiquait des infor-

mations portant à croire que les motifs de la délivrance d'un certain mandat ne figuraient pas en réalité parmi les critères publiés ou encore étaient insuffisants ou erronés, le ministre provoquerait immédiatement une enquête et, si la plainte s'avérait justifiée, l'annulation du mandat.

(iii) De même, s'il y avait manquement aux règles de procédure administrative énoncées dans le rapport Birkett et le Livre blanc, on pourrait saisir le ministre qui, le cas échéant, annulerait ou retirerait le mandat et mettrait ainsi un terme à une interception illégitime en cours.

Selon le Gouvernement, on ne connaît pas d'exemple de plainte qui se soit révélée fondée dans l'une de ces trois circonstances.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

59. Dans sa requête du 19 juillet 1979 à la Commission (nº 8691/79), M. Malone se plaignait de l'interception reconnue d'une de ses conversations téléphoniques. Il s'affirmait en outre convaincu que, sur ordre de la police, son courrier et celui de son épouse avaient été interceptés, ses lignes téléphoniques «écoutées» et, de surcroît, son téléphone relié à un dispositif de «comptage» enregistrant tous les numéros formés. Il se prétendait victime d'infractions aux articles 8 et 13 de la Convention, résultant de ces agissements ainsi que du droit et de la pratique anglais et gallois en la matière.

60. La Commission a retenu la requête le 13 juillet 1981.

Dans son rapport du 17 décembre 1982 (article 31), elle aboutit à la conclusion:

- qu'il a eu violation des droits garantis au requérant par l'article 8, en raison de l'interception reconnue d'une de ses conversations

téléphoniques ainsi que de la législation et de la pratique anglaises et galloises régissant l'interception des communications postales et téléphoniques régissant l'interception des communications postales et téléphoniques pour le compte de la police (onze voix, avec une abstention);

- qu'il ne s'imposait pas en l'occurrence de rechercher si M. Malone avait subi une autre atteinte à ses droits en raison du procédé dit de «comptage» du téléphone (sept voix contre trois, avec deux abstentions).
- qu'il y a eu méconnaissance de l'article 13 dans le chef de l'intéressé en ce que le droit anglais et gallois n'offre pas un «recours effectif devant une instance nationale» contre des interceptions pratiquées sans mandat (dix voix contre une, avec une abstention).

Le texte intégral de cet avis et des deux opinions séparées dont il s'accompagne figure en annexe au présent arrêt.

CONCLUSIONS PRESENTÉES A LA COUR PAR LE GOUVERNEMENT

61. Aux audiences du 20 février 1984, le Gouvernement a confirmé les conclusions de son mémoire. Elles invitent la Cour

«1. Quant à l'article 8

- (i) à décider et déclarer que les ingérences dans l'exercice des droits garantis par l'article 8 par. 1 de la Convention, résultant des mesures

d'interception des communications pratiquées pour le compte de la police en Angleterre et au pays de Galles afin d'empêcher ou découvrir des infractions pénales, et toute application de ces mesures au requérant, se justifie et justifiaient au regard du paragraphe 2 du même article, parce que prévues par la loi et constituant des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la prévention des infractions pénales et à la protection des droits et libertés d'autrui, et qu'il n'y a donc pas eu violation de l'article 8 de la Convention;

(ii) a) à décider et déclarer qu'il ne s'impose pas, en l'occurrence, de rechercher si le requérant a subi, en raison du système du «comptage», une atteinte à ses droits au titre de l'article 8; *subsidiarement*, b) à décider et déclarer que les faits constatés ne révèlent dans son chef aucune violation de ces droits qui découlerait dudit système;

2. Quant à l'article 13

à décider et déclarer que les circonstances de l'espèce ne révèlent aucune violation de l'article 13 de la Convention.»

EN DROIT

I. Sur la violation alléguée de l'article 8

62. L'Article 8 se lit ainsi:

«1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est pré-

vue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.»

Le requérant dénonce une double méconnaissance de cette disposition. La première résulterait de l'interception de ses communications postales et téléphoniques par ou pour la police, ou du droit et de la pratique anglais et gallois en la matière; la seconde, du «comptage» de son téléphone par ou pour la police, ou du droit et de la pratique anglais et gallois en la matière.

A. Sur l'interception des communications

1. Sur l'objet du litige

63. Il échet de relever d'emblée que la présente cause ne porte pas sur l'interception des communications dans leur ensemble. La décision par laquelle la Commission a retenu, le 13 juillet 1981, la requête de M. Malone fixe l'objet du litige déféré à la Cour (voir notamment l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 63, par. 157) ⁽¹⁾. Or elle précise: «l'affaire ne concerne directement que les interceptions pratiquées par ou pour la police» — à l'exclusion d'autres services comme ceux des douanes et accises ou de renseignement — «dans le contexte général d'une instruction pénale, ainsi que leur cadre juridique et administratif».

⁽¹⁾ — In *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XXI=603 Sumariado in *Documentação e Direito Comparado*, sob n° 26, 8, 111.

2. Sur l'existence d'une atteinte à un droit garanti par l'article 8

64. Nul ne conteste qu'une conversation téléphonique du requérant a été interceptée à la demande de la police, en vertu d'un mandat du ministre de l'Intérieur (paragraphe 13 ci-dessus). Les communications téléphoniques se trouvant comprises dans les notions de «vie privée» et de «correspondance» au sens de l'article 8 (arrêt *Klass et autres* du 6 septembre 1978, série A n.º 28, p. 21, par. 41) ⁽²⁾ ladite interception s'analysait en une «ingérence d'une autorité publique» dans l'exercice d'un droit que le paragraphe 1 garantissait au requérant.

Malgré les allégations de ce dernier, le Gouvernement a constamment refusé de révéler si d'autres interceptions d'appels téléphoniques ou de courrier, opérées pour le compte de la police, ont eu lieu en l'espèce (paragraphe 16 ci-dessus). Il concède pourtant que M. Malone, parce que soupçonné de recel de biens volés, appartenait à une catégorie de personnes exposées à de telles mesures. Comme la Commission le souligne au paragraphe 115 de son rapport, l'existence en Angleterre et au pays de Gales de lois et pratiques autorisant et instaurant un système de surveillance secrète des communications constituait en soi une «ingérence (...) dans l'exercice» de droits que l'article 8 reconnaissait à l'intéressé, en dehors même de toute application effective à celui-ci (arrêt *Klass et autres* précité, *ibidem*). Dès lors la Cour, à l'instar de la Commission (paragraphe 114 du rapport), ne croit pas nécessaire d'examiner les affirmations du requérant selon lesquelles et son courrier et ses entretiens téléphoniques ont été interceptés pendant des années.

3. Sur le point de savoir si les ingérences se justifiaient

65. Le principal sujet de controverse consiste à savoir si les ingérences constatées se justifiaient au regard du paragraphe 2 de l'article 8, et notamment si elles étaient «prévues par la loi» et «nécessaires», «dans une société démocratique», à la poursuite de l'un des buts y énumérés.

(2) — In *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XXI, 623. Sumariado sob n.º 29, in *Documentação e Direito Comparado*, 8, 119.

a) «Prévue par la loi»

i. Principes généraux

66. Dans son arrêt *Silver et autres* du 25 mars 1983 (série A n.º 61, pp. 32-33, par. 85)⁽³⁾, la Cour a jugé qu'au moins pour les entraves à la correspondance de détenus, les mots «prévue par la loi/*in accordance with the law*», figurant au paragraphe 2 de l'article 8, doivent s'interpréter à la lumière des principes généraux qui, d'après l'arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979 (série A n.º 30)⁽⁴⁾, valent pour les termes comparables, «prévues par la loi/*prescribed by law*», dont se sert le paragraphe 2 de l'article 10.

Premier principe: le mot «loi» englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit (arrêt *Sunday Times* précité, p. 30, par. 47). Deuxième principe, que Commission, Gouvernement et requérant s'accordent à estimer applicable en l'occurrence: «l'ingérence doit avoir une base en droit interne» (arrêt *Silver et autres* précité, p. 33, par. 86). Toutefois, la Cour a considéré que les exigences découlant desdites expressions allaient au-delà de la conformité à la loi nationale. Elle a exposé deux d'entre elles ainsi qu'il suit:

«Il faut d'abord que la "loi" soit suffisamment accessible: le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'une acte déterminé.» (arrêt *Sunday Times*, p. 31, par. 49; arrêt *Silver et autres*, p. 33, par. 87 et 88)

67. Pour le Gouvernement ces deux conditions, dégagées par la Cour dans des litiges relatifs à des peines ou restrictions qui frappaient l'exercice de

(3) — Cour Européenne des Droits de l'Homme, Série A, n.º 61. Sumariado sob n.º 64, in *Documentação e Direito Comparado*, 15, 161.

(4) — In *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XXII, 403. Sumariado sob n.º 31 in *Documentação e Direito Comparado*, 9, 43.

la liberté d'expression ou de correspondance, sont moins adéquates dans le domaine, tout différent, de la surveillance secrète des communications: ici, la loi n'imposerait pas de limitations ou contrôles auxquels l'individu ait à se plier, de sorte que l'impératif dominant résiderait dans la licéité, au regard du droit interne, des mesures prises par l'exécutif.

La Cour rappelle qu'à ses yeux le membre de phrase «prévue par la loi» ne se borne pas à renvoyer au droit interne, mais concerne aussi la qualité de la «loi»; il la veut compatible avec la prééminence du droit, mentionnée dans le préambule de la Convention (arrêt *Silver et autres*, p. 34, par. 90; arrêt *Golder* du 21 février 1975 ⁽⁵⁾, série A n.º 18, p. 17, par. 34). Il implique ainsi — et cela ressort de l'objet et du but de l'article 8 — que le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par le paragraphe 1 (raport de la Commission, par. 121). Or le danger d'arbitraire apparaît avec une netteté singulière là où un pouvoir de l'exécutif s'exerce en secret (arrêt *Klass et autres* précité, série A n.º 28, pp. 21 et 23, par. 42 et 49). A la vérité — le Gouvernement a raison de le soutenir —, les impératifs de la Convention, notamment quant à la prévisibilité, ne peuvent être tout à fait les mêmes dans le contexte spécial de l'interception de communications pour les besoins d'enquêtes de police que quand la loi en cause a pour but d'assortir de restrictions la conduite d'individus. En particulier, l'exigence de prévisibilité ne saurait signifier qu'il faille permettre à un individu de prévoir si et quand ses communications risquent d'être interceptées par les autorités, afin qu'il puisse régler son comportement en conséquence. Néanmoins, la loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à opérer pareille atteinte secrète, et virtuellement dangereuse, au droit au respect de la vie privée et de la correspondance.

68. Pendant la procédure, on a discuté du degré auquel la «loi» elle-même, par opposition à la pratique administrative dont elle s'accompagne, doit, pour respecter la Convention, indiquer en quelles situations et sous quelles conditions une autorité officielle peut s'ingérer dans l'exercice des droits

⁽⁵⁾ — In *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XVIII, 2944. Sumariado sob n.º 18, in *Documentação e Direito Comparado*, 6, 560.

garantis. L'arrêt *Silver* et autres, postérieur à l'adoption du rapport de la Commission en l'espèce, répond en partie à la question. La Cour y a jugé qu'«une loi conférant un pouvoir d'appréciation doit en fixer la portée», bien que le détail des normes et procédures à observer n'ait pas besoin de figurer dans la législation elle-même (série A n.º 61, pp. 33-34, par. 88-89). Le niveau de précision exigé ici de la «loi» dépend du domaine considéré (arrêt *Sunday Times* précité, série A n.º 30, p. 31, par. 49). Puisque l'application de mesures de surveillance secrète des communications échappe au contrôle des intéressés comme du public, la «loi» irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limites. En conséquence, elle doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante — compte tenu du but légitime poursuivi — pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire.

ii. Application de ces principes au cas d'espèce

69. La base juridique exacte du pouvoir de l'exécutif en la matière a suscité certaines controverses; en revanche, les comparants s'accordent à estimer compatibles avec le droit anglais et gallois la pratique qui consiste à intercepter des communications pour le compte de la police, en vertu d'un mandat du ministre de l'Intérieur, afin de découvrir ou empêcher des infractions, et, partant, l'interception avérée d'une conversation téléphonique du requérant. Pour les entretiens téléphoniques, la légalité de ce pouvoir a été constatée par Sir Robert Megarry quand il a débouté M. Malone (paragraphe 31-36 ci-dessus); on la reconnaît aussi en général pour les communications postales, comme le montre le rapport Birkett (paragraphe 28 *in fine* ci-dessus).

70. Il s'agit donc de rechercher si le droit interne énonçait les éléments essentiels dudit pouvoir avec une précision raisonnable, en des normes juridiques accessibles qui indiquaient suffisamment l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation attribué aux autorités compétentes.

Au cours de la procédure, on a examiné le problème sous deux angles. Tout d'abord, le droit en vigueur exigeait-il que l'interception, pour les besoins de la police, d'une communication passant par le service des postes se fondât sur un mandat valable du ministre de l'Intérieur? D'autre part, jusqu'à quel point réglementait-il la délivrance et l'exécution de pareil mandat?

71. Quant au premier aspect, si la pratique établie se trouve décrite en termes catégoriques au paragraphe 55 du rapport Birkett, ainsi qu'au paragraphe 2 du Livre blanc (paragraphe 42 ci-dessus), le droit anglais et gallois ne subordonne pas expressément à l'existence d'un mandat l'exercice du pouvoir d'interception; le requérant le souligne à juste titre (paragraphe 56 du rapport de la Commission). Pris à la lettre, l'article 80 de la loi de 1969 sur le *Post Office* prévoit que ce dernier peut être «requis» de fournir des renseignements à la police, mais en soi il ne rend pas irrégulières les interceptions opérées en l'absence d'un mandat constituant semblable «réquisition» (paragraphe 29 ci-dessus). D'après la Commission, il paraît pourtant conduire à un tel résultat si on le combine avec les infractions pénales créées par l'article 58 par. 1 de la loi de 1953 sur le *Post Office* et par les autres dispositions légales auxquelles renvoie le paragraphe 1, alinéa 1, de l'annexe 5 à la loi de 1969 (paragraphe 129-135 du rapport; paragraphes 25, 26 et 30 ci-dessus). Le Gouvernement accepte ce raisonnement et s'y rallie, mais M. Malone le conteste au moins pour les écoutes téléphoniques. Il invoque certains attendus, qui vont dans le sens contraire, du jugement de Sir Robert Megarry (paragraphe 31-36 ci-dessus, notamment paragraphes 33 et 35); il relève en outre que nulle mention de la nécessité d'un mandat ne figure, sous la rubrique «Information de la police par la *Post Office*», dans la circulaire récapitulative que le ministère de l'Intérieur a émise en 1977 à l'intention de la police (paragraphe 50 ci-dessus).

72. En ce qui concerne la seconde question, mémoires et plaidoiries révèlent un désaccord fondamental sur le point de savoir si la loi de 1969 aboutit à limiter tant soit peu les buts dans lesquels et la manière de laquelle le ministre de l'Intérieur peut légalement autoriser à intercepter des communications.

73. Pour le Gouvernement, le libellé de l'article 80 — notamment le membre de phrase «à des fins et selon des modalités analogues à celles qui valaient (...) au moment de l'adoption de [la] loi» de 1969 — définit et restreint le pou-

voir d'interception par référence à la pratique antérieure. Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, le *Post Office* ne pourrait légalement se voir invité à intercepter des communications pour le compte de la police qu'en vertu d'un mandat revêtu de la propre signature du ministre de l'Intérieur, décerné pour la découverte d'infractions et remplissant certaines autres conditions. Ainsi, d'après l'article 80 le mandat doit impérativement indiquer le nom, l'adresse et le numéro de l'abonné en cause, s'accompagner d'une limitation de durée et avoir pour destinataire non la police, mais le *Post Office*. De plus, l'article 80 ne permettrait d'obliger ce dernier à fournir des renseignements — et ne l'y autoriserait — qu'à «de hauts fonctionnaires de l'Etat». Toujours selon le Gouvernement, pour élargir ou modifier d'une autre façon les objectifs et modalités à respecter en la matière il faudrait amender la loi de 1969, ce qui exigerait l'intervention du Parlement.

74. La Commission, dont le requérant approuve le raisonnement, signale divers éléments d'incertitude qui militeraient contre pareille analyse des conséquences de la loi de 1969 (paragraphe 136-142 du rapport).

75. En premier lieu, le libellé de l'article 80, en particulier le verbe «*may*» («peut»), ne se bornerait pas à consacrer la pratique effectivement suivie en 1968: il rendrait, sans plus, applicables au *Post Office* l'ensemble des finalités pour lesquelles et des modalités selon lesquelles le ministre pouvait jadis, en droit, ordonner une interception au *Postmaster General*. Or à l'époque du rapport Birkett (voir par exemple ses paragraphes 15, 21, 27, 54-55, 56, 62 et 75) comme à celle de l'adoption de la loi de 1969, il n'existait aucune restriction juridique nette quant aux «fins» et «modalités» licites. En son paragraphe 62, ledit rapport qualifiait du reste d'«absolu» le pouvoir d'appréciation du ministre, tout en précisant dans quelles limites il s'exerçait en réalité.

76. Difficulté supplémentaire aux yeux de la Commission: le Gouvernement ne prétend pas que l'article 80 ait intégré à la «loi» les arrangements préexistants dans chacun de leurs détails, mais du moins les principales conditions, procédures et finalités à observer en matière de délivrance de mandats d'interception. A supposer même que le renvoi aux «fins et (...) modalités analogues» se borne à consacrer la pratique antérieure, et non tout ce qui eût été juridiquement admissible, la Commission ne discerne point clairement à quels égards les «fins» et «modalités» d'autrefois ont acquis une base légale, de

sorte que seule une intervention des Chambres pourrait les modifier, ni lesquels de leurs aspects demeurent tributaires de l'administration, donc susceptibles de changer par décision de l'exécutif. Elle constate à ce sujet que la notion d'infraction «grave», qui dans la pratique sert de condition d'émission d'un mandat aux fins de découverte d'une infraction, a subi deux élargissements successifs depuis la loi de 1969 sans recours au Parlement (paragraphe 42-43 ci-dessus).

77. La Commission souligne de surcroît que Sir Robert Megarry, dans son jugement de février 1979, n'a pas souscrit à l'interprétation donnée à la loi par le Gouvernement. Il paraît avoir reconnu, comme le *Solicitor General* le soutenait devant lui, que l'article 80 se réfère aux arrangements administratifs antérieurs pour la délivrance de mandats (paragraphe 33 ci-dessus). En revanche, il a manifestement estimé que ces arrangements conservent un caractère administratif et que l'article 80 ne les a pas érigés en exigences légales, même pour l'essentiel (paragraphe 34 ci-dessus).

78. Il est aussi un peu surprenant — note la Commission — que le Livre blanc, publié par le Gouvernement dans le sillage de la décision de Sir Robert Megarry (paragraphe 21 ci-dessus), ne souffle mot de l'article 80 comme réglant l'émission des mandats. En le présentant au Parlement en avril 1980, le ministre de l'Intérieur a du reste employé des termes laissant entendre que les arrangements existants relevaient dans leur ensemble de la pratique administrative, qu'ils ne se prêtaient pas à une «incorporation législative» e que le gouvernement pouvait les modifier par une décision dont il informerait le Parlement (paragraphe 37 *in fine* et 54 *in fine* ci-dessus).

79. Ces considérations prouvent que le droit anglais et gallois relatif à l'interception de communications pour les besoins de la police est aujourd'hui assez obscur et sujet à des analyses divergentes. La Cour usurperait le rôle des juridictions nationales si elle essayait de trancher de telles questions de droit interne (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts Deweer du 27 février 1980, série A n.º 35, p. 28 *in fine*, (6) alinéa (7)), mais la Convention l'appelle à déterminer

(6) — In *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XXII, 465. Sumariado, sob n.º 36, in *Documentação e Direito Comparado*, 10, 95.

(7) — *Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Série A, n.º 50. Sumariado sob n.º 52, in *Documentação e Direito Comparado*, 13, 173.

si, aux fins du paragraphe 2 de l'article 8, la «loi» litigieuse énonce avec une netteté suffisante les éléments essentiels des compétences des autorités en la matière.

En Angleterre et au pays de Galles, il existe bien des procédures détaillées concernant les interceptions dont il s'agit (paragraphe 42-49, 51-52 et 54-55 ci-dessus). Qui plus est, les statistiques en montrent l'efficacité pour maintenir à un niveau assez bas le nombre des mandats décernés, surtout si on le rapproche de la fréquence croissante des crimes (*indictable crimes*) perpétrés et des postes de téléphone installés (paragraphe 53 ci-dessus). Rapport Birkett, Livre blanc et déclarations ministérielles au Parlement ont porté à la connaissance du public les arrangements et principes applicables (paragraphe 21, 37-38, 41, 43 et 54 ci-dessus).

Néanmoins, les données communiquées à la Cour ne permettent pas de dire avec l'assurance souhaitable à quels égards le pouvoir d'interception se trouve intégré à normes juridiques et sous quels rapports il reste tributaire de l'exécutif. En raison de l'ambiguïté et de l'incertitude qui subsistent sur cet aspect capital du droit en vigueur, la Cour ne saurait arriver à une conclusion différente de celle de la Commission. A ses yeux, le droit anglais et gallois n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. Dans cette mesure, fait défaut le degré minimal de protection juridique voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique.

iii. Conclusion

80. En résumé, les atteintes au droit du requérant au respect de sa vie privée et de sa correspondance (paragraphe 64 ci-dessus), tel que le garantit l'article 8, n'étaient pas «prévues par la loi» pour autant qu'il s'agit de l'interception de communications.

b) «Nécessaire, dans une société démocratique», à la poursuite d'un but reconnu légitime

81. Sans nul doute, l'existence d'une législation autorisant à intercepter des communications pour aider la police judiciaire à s'acquitter de ses tâches

peut être «nécessaire», «dans une société démocratique», «à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales», au sens du paragraphe 2 de l'article 8 (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Klass et autres précité, série A n.º 28, p. 23, par. 48). La Cour admet par exemple l'affirmation, figurant au paragraphe 21 du Livre blanc, selon laquelle l'augmentation de la délinquance, en particulier de la criminalité organisée, l'ingéniosité grandissante des délinquants et la facilité comme la rapidité de leurs déplacements ont, en Grande-Bretagne, rendu les écoutes téléphoniques indispensables pour rechercher et combattre le crime. Cependant, l'exercice de pareils pouvoirs engendre, en raison de son caractère secret intrinsèque, le risque d'abus aisés à commettre dans des cas individuels et de nature à entraîner des conséquences préjudiciables pour la société démocratique tout entière (*ibidem*, p. 26, par. 26, par. 56). Partant, l'ingérence qui en résulte ne saurait passer pour «nécessaire», «dans une société démocratique», que si le système de surveillance adopté s'entoure de garanties suffisantes contre les excès (*ibidem*, p. 23, par. 49-50).

82. Or d'après le requérant il n'en va pas ainsi du système anglais et gallois dans le domaine considéré.

Ayant conclu que les ingérences constatées n'étaient pas «prévues par la loi», la Cour n'estime pas devoir déterminer plus avant en quoi consistent les autres garanties exigées par le paragraphe 2 de l'article 8 ni si le système litigieux les offrait en l'occurrence.

B. Sur le «comptage»

83. Par «comptage», on désigne l'emploi d'un mécanisme (un compteur combiné avec une imprimante) qui enregistre les numéros formés sur un appareil de téléphone donné de même que l'heure et la durée de chaque appel (paragraphe 56 ci-dessus). En établissant de tels relevés, le *Post Office* — aujourd'hui les *British Telecommunications* — se sert uniquement de signaux adressés à lui-même en tant qu'il assure le service du téléphone; il ne surveille ni n'intercepte en aucune manière les conversations. Le gouvernement en dé-

duit que le comptage, à la différence de l'interception des communications, ne touche en rien à un droit protégé par l'article 8.

84. Un compteur doublé d'une imprimante consigne des renseignements que les services du téléphone peuvent en principe se procurer à bon droit, notamment pour veiller à l'exactitude du montant des redevances demandées à l'abonné, examiner des doléances ou dépister des abus éventuels; le Gouvernement le souligne à juste titre. Le comptage se distingue donc par nature de l'interception des communications, d'ordinaire non souhaitable et illégitime dans une société démocratique. La Cour ne considère pas pour autant que l'exploitation des éléments rassemblés de la sorte ne puisse jamais poser de problème sur le terrain de l'article 8. Dans un relevé ainsi dressé figurent des informations — notamment les numéros composés — qui font partie intégrante des communications téléphoniques. Aux yeux de la Cour, les révéler à la police sans l'accord de l'abonné porte donc aussi atteinte à un droit consacré par l'article 8.

85. Comme la Commission l'a constaté en déclarant la requête recevable, les griefs de M. Malone quant au comptage se rattachent étroitement à ceux qui ont trait à l'interception de communications. La question à trancher par la Cour en la matière se limite, elle aussi, à la livraison de relevés de comptage à la police «dans le contexte général d'une instruction pénale», ainsi qu'au «cadre juridique et administratif» pertinent (paragraphe 63 ci-dessus).

86. En Angleterre et au pays de Galles, la police n'a pas compétence, en l'absence de *subpoena*, pour ordonner la production de pareils relevés; néanmoins, il arrive au *Post Office* d'en établir et fournir à la demande de la police si celle-ci a vraiment besoin des renseignements dont il s'agit pour ses enquêtes concernant des infractions graves et ne peut les recueillir à une autre source (paragraphe 56 ci-dessus). Il y a lieu de présumer que M. Malone, soupçonné de recel de biens volés, se rangeait dans une catégorie de personnes risquant de tomber sous le coup d'une telle pratique. L'existence même de celle-ci l'autorise donc à se prétendre, aux fins de l'article 25, «victime» d'une violation de l'article 8, indépendamment de toute mesure d'application prise contre lui (voir, *mutatis mutandis*, le paragraphe 64 ci-dessus). Peu importe à cet égard que, comme le précise le Gouvernement, la police n'ait ni provoqué le comptage du poste de l'intéressé ni opéré aucune perquisition sur la base d'une liste

de numéros de téléphone obtenus par comptage (paragraphe 17 ci-dessus; voir aussi, *mutatis mutandis*, l'arrêt Klass et autres précité, série A n.º 28, p. 20, par. 37 *in fine*).

87. On n'a jamais recouru à l'article 80 de la loi de 1969 sur le *Post Office* pour inviter ce dernier, en vertu d'un mandat du ministre de l'Intérieur, à divulguer à la police judiciaire des informations recueillies par comptage. Cependant, le droit interne n'interdit pas au *Post Office* de déférer volontairement à une demande de la police le priant d'établir et produire des relevés de comptage (paragraphe 56 ci-dessus). La pratique décrite plus haut, y compris les limitations à la possibilité de fournir de tels renseignements, a été rendue publique en réponse à des questions de parlementaires (*ibidem*). Toutefois, en dehors de la simple absence de prohibition, les pièces du dossier ne révèlent aucune norme juridique relative à l'étendue et aux modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation dont jouissent les autorités. En conséquence, quoique licite en droit interne l'ingérence résultant de l'existence de ladite pratique dans le cas du requérant n'était pas «prévue par la loi» au sens de l'article 8 par. 2 (paragraphe 66-68 ci-dessus).

88. Cette conclusion dispense la Cour de rechercher s'il s'agissait d'une mesure «nécessaire», «dans une société démocratique», à la poursuite de l'un des buts énumérés au paragraphe 2 de l'article 8 (voir, *mutatis mutandis*, le paragraphe 82 ci-dessus).

C. Récapitulation

89. Il y a donc eu violation de cet article dans le chef de M. Malone en ce qui concerne tant l'interception de communications que la livraison de relevés de comptage à la police.

II. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 13

90. Affirmant n'avoir disposé d'aucun recours national effectif pour les infractions à l'article 8 dont il se plaint, le requérant allègue aussi un manquement aux exigences de l'article 13, ainsi libellé:

«Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.»

91. La Cour ne juge pas nécessaire de se prononcer à ce sujet, eu égard à sa décision quant à l'article 8 (paragraphe 89 ci-dessus).

III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 50

92. En vertu de l'article 50, le requérant réclame une satisfaction équitable sous une quadruple forme:

i. le remboursement de frais de justice — évalués à 9.011 lib. — que Sir Robert Megarry l'a condamné à payer au préfet de police du Grand Londres;

ii. celui des honoraires et débours — évalués à 5.443 lib. 20 — qu'il aurait versés à ses avocats au titre du même procès;

iii. celui des frais d'avocat exposés devant la Commission puis la Cour et dont il ne chiffre pas encore le montant;

iv. une «indemnité modérée» pour l'interception de ses conversations téléphoniques.

Sur les deux premiers points, il demande en outre à toucher des intérêts. Le Gouvernement n'a pas encore présenté d'observations à ce sujet.

93. La question ne se trouvant donc pas en état, il y a lieu de la réserver; dans les circonstances de la cause, il échet de la renvoyer à la Chambre (article 53 par. 1 et 3 du règlement).

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 8;
2. *Dit*, par seize voix contre deux, qu'il ne s'impose pas d'examiner aussi l'affaire sous l'angle de l'article 13;
3. *Dit*, à l'unanimité, que la question de l'application de l'article 50 ne se trouve pas en état;

en conséquence,

- a) la *réserve* en entier;
- b) la *renvoie* à la Chambre.

Fait en français et en anglais, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, le deux août mil neuf cent quatre-vingt-quatre.

Le Greffier
Marc-André EISSEN

Le Président
Gérard WIARDA

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 51 par. 2 de la Convention et 50 par. 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes:

- opinion partiellement dissidente de MM. Matscher et Pinheiro Farinha;
- opinion concordante de M. Pettiti.

M. -A. E.

G. W.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE DE MM. LES JUGES MATSCHER ET PINHEIRO FARINHA

Nous reconnaissons que l'article 13 constitue l'une des dispositions les plus obscures de la Convention et que son application soulève des problèmes d'interprétation très délicats et compliqués. Telle est probablement la raison pour laquelle les organes de la Convention, pendant deux décennies environ, ont évité de se pencher sur cette clause, en avançant, dans la plupart des cas, des motifs peu convaincants.

Ce n'est que depuis quelques années que la Cour, consciente de son rôle consistant à interpréter et à faire appliquer *tous les articles* de la Convention, chaque fois que les parties ou la Commission le lui demandent, s'est engagée aussi dans l'interprétation de l'article 13. Nous nous référons en particulier aux arrêts *Klass et autres* (série A n.º 28, par. 61 et s.), *Sporrong et Lönnroth* (série A n.º 52, par. 88) ⁽⁸⁾, *Silver et autres* (série A n.º 61, par. 109 et s.) ainsi qu'au très récent arrêt *Campbell et Fell* (série A n.º 80, par. 124 et s.) ⁽⁹⁾, où elle a jeté les bases d'une interprétation cohérente de cette disposition.

Eu égard à cette heureuse évolution, nous ne pouvons, à regret, nous rallier à l'avis de la majorité de la Cour qui a cru pouvoir se dispenser d'examiner l'allégation de violation de l'article 13; elle s'est ainsi écartée, sans en donner la moindre justification, de la position adoptée notamment dans l'arrêt *Silver et autres*, lequel portait sur des problèmes juridiques fort voisins de ceux qui forment l'objet de la présente affaire.

En effect, en suivant la ligne tracée dans l'arrêt *Silver et autres*, la Cour aurait en l'occurrence, et dans les mêmes conditions, dû arriver à la constatation d'une violation de l'article 13.

⁽⁸⁾ — In *Documentação e Direito Comparado*, 10, 105.

⁽⁹⁾ — *Sumariado neste número de Documentação e Direito Comparado*, sob n.º 83.

OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE PETTITI

J'ai voté avec mes collègues pour la violation de l'article 8 de la Convention européenne, mais je considère que la Cour européenne aurait pu expliciter davantage sa décision et ne pas se limiter à apprécier, aux termes de l'article 8, si l'ingérence est «prévue par la loi», expression utilisée à l'article 8 par. 2, à l'article 1 du Protocole n.º 1 et à l'article 2 du Protocole n.º 4, ces termes «la loi» pouvant être interprétés comme englobant à la fois le droit écrit et le droit non écrit.

La Cour européenne a considéré que la constatation de violation sur ce point ne rendait pas nécessaire l'examen, dans le cas Malone, du système britannique actuellement en vigueur, censuré faute de loi; ni la constatation de l'existence ou la non-existence de garanties suffisantes.

Cependant à mon sens les faits tels que décrits dans le rapport de la Commission et l'exposé en fait de la Cour appelaient en même temps une appréciation des moyens et pratiques britanniques au regard de l'article 8 par. 2.

Ceci m'apparaît nécessaire en raison même de l'importance majeure du problème examiné que je résume ainsi:

Le péril qui menace les sociétés démocratiques des années 1980-1990 résulte de la tentation qu'ont les pouvoirs publics d'obtenir la «transparence» de la situation des citoyens. Pour répondre aux besoins de la planification, de la politique sociale et fiscale, l'Etat se doit de multiplier ses ingérences. Les techniques administratives le conduisent à multiplier les fichiers d'identification, puis à les traiter par l'informatique. Déjà dans plusieurs des Etats membres du Conseil de l'Europe, chaque ressortissant est fiché 200 à 400 fois.

Dans un deuxième stade, l'autorité publique recherche pour ses statistiques et ses motivations décisionnelles à définir le «profil» de chaque citoyen. Les investigations se multiplient; les écoutes téléphoniques sont un des moyens privilégiés de cette enquête permanente.

Ces écoutes ont subi depuis les trente dernières années bien des «perfectionnements» qui aggravent les dangers d'ingérence dans la vie privée. L'écoute peut être enregistrée sur bandes magnétiques, traitée dans des centres postaux ou autres, dotés des moyens les plus sophistiqués. L'écoute artisanale pratiquée par le policier ou le postier n'est plus que le souvenir des romans d'avant-guerre. La codification des programmes et des bandes, le décodage, le

traitement par ordinateurs, permettent de centupler le nombre d'écoutes et de les analyser en des temps de plus en plus courts, au besoin par ordinateurs. Par le procédé de la «mosaïque» on définit totalement le type de vie du citoyen même «au dessus de tout soupçon».

Il serait imprudent de croire que le nombre des écoutes serait annuellement de quelques centaines par pays, et qu'elles seraient toutes connues des autorités.

En même temps que les procédés d'écoute ont varié, les buts poursuivis par les autorités se sont diversifiés. L'écoute policière pour la prévention des crimes et délites n'est qu'une des pratiques utilisées; s'y ajoutent les écoutes politiques, les écoutes de journalistes et de personnalités, sans même citer les écoutes imposées par la défense nationale, la sécurité de l'Etat, qui sont rangées dans la catégorie des écoutes sous «Secret-défense» et ne sont pas évoquées dans l'arrêt de la Cour ni dans la présente opinion.

La plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe ont ressenti la nécessité de légiférer en la matière pour mettre un terme aux abus qui se multipliaient et rendaient vulnérables même les hommes au pouvoir.

La technique législative la plus souvent utilisée est celle de la procédure pénale: placer l'écoute sous la décision et le contrôle du juge dans le cadre de l'enquête pénale par des dispositions similaires à celles qui réglementent les perquisitions sur commissions rogatoires.

L'ordonnance du juge doit spécifier les circonstances qui motivent la mesure, au besoin sous contrôle d'une chambre d'appel. Des variantes sont prévues suivant les types de procédures ou de codes d'instruction criminelle.

Le principe qui gouverne ces législations est de séparer les pouvoirs de l'exécutif et du judiciaire, de ne pas conférer à l'exécutif l'initiative et le contrôle de l'écoute, dans l'esprit de l'article 8.

Le système britannique «non prévu par la loi», dit la Cour, analysé dans l'affaire Malone, est le type même d'une pratique qui place le domaine des écoutes sous la seule compétence du ministre de l'Intérieur et sous son seul contrôle, alors surtout que les écoutes ne sont pas transmises à l'autorité judiciaire (comme éléments de preuves), qui n'en a donc pas connaissance (cf. par. 51).

Même lorsqu'il s'agit d'écoutes qui répondent aux nécessités impérieuses en matière de contre-espionnage ou de sûreté de l'Etat, la plupart des législations comportent une réglementation stricte visant les dérogations au droit commun, l'intervention et le contrôle des premiers ministres ou ministres de

la Justice, le recours à des conseils composés de magistrats au sommet de la hiérarchie judiciaire.

La Cour européenne dans son arrêt a sans doute estimé ne «pas devoir déterminer plus avant en quoi consistent les autres garanties exigées par le paragraphe 2 de l'article 8 et si le système litigieux les offrait en l'espèce» (par. 82).

Cette réserve marque bien qu'en se limitant à constater la violation parce que l'ingérence étatique n'était pas prévue par la loi, la Cour n'entendait pas, même implicitement, approuver le système britannique et réservait donc l'appréciation de l'éventuelle violation de l'article 8 par. 2.

Mais à mon avis, la Cour pouvait déjà compléter sa motivation et analyser les composantes du système pour évaluer leur compatibilité et en tirer la conséquence de la violation de l'article 8 par. 2, l'absence de contrôle judiciaire.

En effet, même si une loi, au sens de l'article 8 par. 1 et 2, comporte une réglementation détaillée qui ne se borne pas à consacrer des pratiques, mais les définit et les délimite, l'absence du contrôle judiciaire pouvait et pourrait encore entraîner, à mon sens, une violation de l'article 8 par. 2 sous réserve évidemment de l'appréciation de la Cour.

Il faut aussi considérer que la pratique des écoutes policières conduit à constituer des dossiers «à charge» qui risquent ensuite de rendre inopérantes les règles de protection du procès équitable prévues par l'article 6 de la Convention en fortifiant des présomptions de culpabilité. Il y a donc lieu de laisser à l'autorité judiciaire la pleine appréciation du champ de décision et de contrôle.

L'objectif des législations européennes protégeant la vie privée est de lutter contre tout dévoilement clandestin d'une parole émise d'un lieu privé; certains ont même édicté l'illégalité de toute interception de communication téléphonique, de toute captation sans consentement des intéressés. Le lien entre législation «vie privée» e législation «écoutes» est très étroit.

La loi allemande énumère les infractions pour la découverte desquelles des écoutes peuvent être ordonnées. La liste des infractions établie dans cette législation est entièrement tournée vers la préservation de la démocratie, seule justification à l'ingérence.

A l'occasion de l'affaire *Klass* et de l'examen comparatif des réglementations dans les différents Etats signataires de la Convention, la nécessité d'un système de protection en ce domaine a été soulignée. Sans doute il appartient

à l'Etat d'assurer le fonctionnement de ce système, mais seulement à l'intérieur des limites posées par l'article 8.

Il y avait dans les données du cas Malone les éléments qui permettaient à la Cour de distinguer entre les dangers d'une situation de crise due au terrorisme (affaire Klass) et ceux de la délinquance ordinaire, partant, de considérer que deux régimes différents pouvaient être édictés. S'agissant de répression en vertu du droit pénal commun, on aperçoit difficilement le motif qui empêcherait le contrôle judiciaire, ne serait-ce que pour assurer ultérieurement le droit à l'effacement d'écoutes injustifiées.

Une telle motivation pouvait être adoptée par la Cour, même à titre subsidiaire. L'ingérence par l'interception est plus grave qu'une ingérence ordinaire puisque la victime «innocente» ne peut la déceler.

Si, comme le soutient le gouvernement britannique, seul le suspect de délinquance est placé sous écoute, on ne voit pas le motif d'un refus d'une mesure de contrôle judiciaire ou équivalente, ou le refus d'un organe neutre et impartial placé entre le décideur de l'interception et le contrôleur de la licéité de l'opération et de sa conformité aux buts légitimes poursuivis.

L'exigence du contrôle judiciaire en matière d'écoutes téléphoniques ne répond pas seulement à une préoccupation de philosophie des pouvoirs et des institutions mais aussi aux nécessités de la protection de la vie privée.

En effet, l'écoute et l'interception téléphoniques même justifiées et dûment contrôlées appellent des contre-mesures: droit à l'accès par la personne placée sous écoute lorsque la phase judiciaire s'achève par non-lieu, relaxe ou acquittement; droit à l'effacement; droit à la restitution des bandes.

D'autres mesures s'imposent: des prescriptions protégeant le secret de l'instruction, le secret professionnel de la défense, lorsque l'écoute intercepte l'entretien entre l'avocat et son client, lorsque l'écoute révèle des faits autres que ceux faisant l'objet de l'investigation judiciaire et de l'incrimination.

Seules les dispositions de procédure pénale permettent de répondre à telles exigences qui sont au surplus conformes à la Convention du Conseil de l'Europe de 1981 (Vie Privée, Banque de données). On ne peut en effet isoler le problème des écoutes de celui des banques de données puisque les écoutes donnent lieu à fichage et à stockage des informations recueillies. Pour les Etats qui ont aussi ratifié la Convention de 1981, la législation doit répondre à ces doubles exigences.

Les travaux du Conseil de l'Europe (Orwell 1984, à Strasbourg le 2 avril 1984, et Banque des données, à Madrid le 13 juin 1984) vont dans le même

sens, celui de la protection de l'individu menacé par les méthodes de mémorisation et de transmission des informations. La mission du Conseil de l'Europe et de ses organes est d'empêcher l'instauration de régimes et de méthodes qui feraient des «Big Brothers» les maîtres de la vie privée des citoyens. Car il est aussi grave d'être soumis contre son gré aux écoutes que de ne pouvoir faire cesser celles-ci quand elles sont illicites ou injustifiées, à l'exemple du personnage d'Orwell placé, à son domicile, sous la surveillance d'une caméra de télévision sans jamais pouvoir interrompre le circuit de celle-ci.

La distinction entre écoutes administratives et écoutes autorisées par l'autorité judiciaire doit être nettement marquée dans les législations pour respecter l'article 8; il paraît préférable de consacrer la légalité de certaines écoutes dans un cadre juridique établi que de laisser un vide juridique permettant l'arbitraire. La détermination d'instances collégiales ayant le soin d'assurer le contrôle a posteriori sur la façon dont les écoutes sont pratiquées; l'appréciation des dates de levée des mesures de captation et d'interception, des moyens d'élimination des documents résultant des écoutes; l'insertion dans le code de procédure pénale de toutes mesures s'appliquant à ces matières pour protéger à la fois la parole à titre privé et dans un lieu privé, la vérification de ce que les mesures ne constituent pas un artifice déloyal ni une violation des droits de la défense, toute cette armature d'exigences doit être considérée pour juger de la conformité ou non-conformité d'un système aux dispositions de l'article 8. Le cas Malone posait ces interrogations car il ne peut y avoir pour l'Etat de «latitude illimitée» (cf. l'arrêt Klass).

Dans l'esprit de la Convention du Conseil de l'Europe de 1981 relative à la vie privée et aux banques de données, le droit à l'accès comporte le droit pour l'individu de connaître l'existence des données, de connaître les banques dont il est le «fiché», l'accès proprement dit, le droit de contester les données, les exceptions et dérogations à ce droit d'accès quand il s'agit en particulier d'enquêtes policières ou judiciaires qui doivent rester par nature secrètes en première phase pour ne pas alerter les délinquants potentiels.

La recommandation R (83) 10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe souligne que le respect de la vie privée des personnes doit être garanti «dans le cadre de tout projet de recherche nécessitant l'utilisation de données à caractère personnel».

Le seuil qualitatif de traitement de l'information est totalement différent dès que l'ordinateur intervient. C'est à bon droit que la Cour constitutionnelle

de Karlsruhe a dégagé le concept d'«auto-détermination informationnelle», faculté de de l'individu de décider dans quelles limites les données de sa vie privée pourraient être divulguées et de se protéger contre une «publicisation» croissante.

En 1950, les techniques d'ingérences dans la vie privée étaient encore archaïques, le sens et le contenu du terme d'ingérence de cette époque ne prévalait pas sur le sens actuel. En conséquence, des écoutes qui autrefois nécessitaient le recours à l'interception doivent être qualifiées d'«ingérences» en 1984, même si elles ont lieu *sans interception*, grâce aux techniques d'utilisation de «puces» et à distance.

Car il est constant, ainsi que le rappelait l'arrêt Klass au paragraphe 42, que ménageant une exception à un droit garanti, l'article 8 «appelle une interprétation étroite» et que «caractéristique de l'état policier, le pouvoir de surveiller en secret les citoyens n'est tolérable d'après la Convention que dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques». Laisser à la seule police, même sous le contrôle du *Home Office*, la tâche d'apprécier le degré de suspicion ou de périculosité ne peut être retenu à mon sens comme étant un moyen adéquat correspondant au but poursuivi, même si celui-ci est légitime; et qu'en tout cas les pratiques des écoutes systématiques sans contrôle impartial, indépendant et judiciaire seraient disproportionnées au but recherché. L'arrêt Malone à cet effet doit être lu par référence aux motifs inscrits dans l'arrêt Klauss.

Sans doute il convient de laisser aux Etats le pouvoir national d'appréciation, sans doute celui-ci n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés aux articles 8 et 10, mais le droit au respect de la vie privée contre l'espionnage des autorités administratives revêt le degré le plus exigeant de la Convention et donc une certaine restriction de ce «pouvoir» national et de la marge d'appréciation. Dans ce domaine (plus que dans celui de la morale, cf. l'arrêt Handyside) ⁽¹⁰⁾, on peut soutenir qu'il peut se former une notion européenne des déontologies étatiques de surveillance des individus, tout en tenant compte des circonstances de mise en péril de la société démocratique par le terrorisme. La concordance des textes législatifs ou projets de lois dans le domaine des banques de données et celui des écoutes est significative de cette prise de conscience.

(10) — In Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, XIX, 507. Sumariado, sob n.º 25, in Documentação e Direito Comparado, 7, 251.

La Cour dans son examen des cas de violations de l'article 8 doit pouvoir appréhender toutes les techniques constituant l'ingérence.

La *Post Office Engineering Union* suggérait, à l'occasion du cas Malone, une réglementation spécifique pouvant incorporer les techniques nouvelles à mesure de leur apparition et l'intervention de mandats délivrés par des «magistrats».

La Cour a considéré à juste titre qu'il y avait eu aussi violation de l'article 8 par. 1 en ce qui concerne le comptage.

Sur ce point il eût possible aussi de statuer par application de l'article 8 par. 2. Le comptage complet des communications (origine, destination, durée), même sans écoute et détourné de son seul but comptable, constitue une ingérence dans la vie privée. A partir de telles données les autorités administratives pourraient induire des renseignements qu'elle n'ont pas à connaître. On sait qu'en matière de banques de données, le traitement de données «neutres» peut être aussi révélateur que celui des données sensibles.

Se référer dans l'arrêt simplement à la notion de nécessité dans une société démocratique et à l'exigence de «garanties suffisantes» sans définir celles-ci dans les principes et principales modalités, pourrait être insuffisant en vue de l'interprétation que l'Etat donnerait à la Convention et à l'arrêt.

L'arrêt Malone complétant l'arrêt Klass, retenant la violation en ne se satisfaisant pas d'un système qui n'est pas défini par la loi ni par son équivalent en droit anglo-saxon, est dans la grande ligne de la jurisprudence par laquelle la Cour est gardienne de la Convention. La Cour assume ses responsabilités en donnant à l'article 8 sa pleine dimension et en limitant la marge d'appréciation des Etats surtout dans les domaines où l'individu est de plus en plus vulnérable grâce aux technologies; la reconnaissance de son droit à être «laissé seul» découle de l'article 8. La Convention protège la communauté des hommes; l'homme, de nos jours, a besoin de voir préserver son identité, de refuser la transparence complète de la Société, de garder le secret de sa personnalité.

COMITÉ DE MINISTROS

RESOLUÇÃO DH (85)13

RELATIVA ÀS DECISÕES DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM DE 23 DE JUNHO DE 1981 E DE 18 DE OUTUBRO DE 1982 NO CASO LE COMPTE, VAN LEUVEN E DE MAYERE

(Adoptada pelo Comité de Ministros em 28 de Junho de 1985, na 387.ª reunião dos Delegados dos Ministros)

Comunicado pelo Estado que alterou a sua legislação face ao decidido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e mostrando-se satisfeitas as quantias atribuídas aos requerentes, pode o Comité de Ministros declarar ter-se desempenhado das funções que lhe competem por força do art.º 54.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

P.F.

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 54 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après dénommée «la Convention»);

Vu les arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme rendu les 23 juin 1981 ⁽¹⁾ et 18 octobre 1982 ⁽²⁾ dans l'affaire Le Compte, Van Leuven et de Meyere, et qui ont été transmis aux mêmes dates au Comité des Ministres;

(1) — Publicado em Documentação e Direito Comparado, 6, 565.

(2) — Sumariado sob n.º 56 em Documentação e Direito Comparado, 14, 65.

Rappelant qu'à l'origine de cette affaire se trouvent deux requêtes dirigées contre la Belgique qui avaient été introduites devant la Commission européenne des Droits de l'Homme par trois ressortissants belges M. Herman Le Compte, Frans Van Leuven et Marc De Meyere en vertu de l'article 25 de la Convention alléguant que l'obligation de s'affilier à l'Ordre des médecins et de se soumettre à ses organes disciplinaires méconnaissait l'article 11 de la Convention, considéré isolément ou combiné avec l'article 17 et qu'ils n'avaient pas bénéficié des garanties de l'article 6 au cours de la procédure disciplinaire et que les sanctions prononcées contre eux visaient à les empêcher de répandre des informations et des idées, violant ainsi l'article 10;

Rappelant que cette affaire a été portée devant la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme et par le Gouvernement de la Belgique;

Considérant que dans son arrêt du 23 juin 1981, la Cour:

Dit, par quinze voix contre cinq, que l'article 6, paragraphe 1 de la Convention s'appliquait en l'espèce;

Dit, par seize voix contre quatre, qu'il y a eu méconnaissance de cette disposition en tant que la cause des requérants n'a pas été entendue publiquement par un tribunal jouissant de la plénitude de juridiction;

Dit, à l'unanimité, qu'il n'y a en violation ni du même article quant aux autres griefs des requérants, ni de l'article 11;

Dit, à l'unanimité, que la question de l'application de l'article 50 ne se trouve pas en état;

Considérant que dans son arrêt du 18 octobre 1982 la Cour à l'unanimité:

Dit que le Royaume de Belgique doit verser aux requérants, pour leurs frais et dépens, les sommes suivantes:

— soixante-dix-sept mille francs belges (77.000 FB) au Dr Le Compte;

— soixante-trois mille francs belges (63.000 FB) au Dr Van Leuven;

— quarante-deux mille francs belges (42.000 FB) au Dr De Meyere;

Rejette les demandes de satisfaction équitable pour le surplus;

Vu les «Règles relatives à l'application de l'article 54 de la Convention»;

Ayant invité le Gouvernement de la Belgique à l'informer des mesures prises à la suite de ces arrêts, eu égard à l'obligation qu'il a de s'y conformer selon l'article 53 de la Convention;

Considérant que, lors de l'examen de cette affaire par le Comité des Ministres, le Gouvernement de la Belgique a donné à celui-ci des informations sur les mesures prises à la suite des arrêts, informations qui sont résumées dans l'annexe à la présente Résolution;

S'étant assuré que le Gouvernement de la Belgique a accordé la satisfaction équitable prévue dans l'arrêt de la Cour du 18 octobre 1982,

Déclare, après avoir pris connaissance des informations fournies par le Gouvernement de la Belgique, qu'il a rempli ses fonctions en vertu de l'article 54 de la Convention dans la présente affaire.

Annexe à la Résolution DH (85) 13

Informations fournies par le Gouvernement de la Belgique lors de l'examen de l'affaire Le Compte, Van Leuven et De Meyere par le Comité des Ministres

Suite à l'arrêt de la Cour du 23 juin 1981, la loi relative à la publicité des procédures disciplinaires devant les conseils d'appel de l'Ordre des médecins et de l'Ordre des pharmaciens a été adoptée le 13 mars 1985.

Une copie de ce texte a été transmise à la Direction des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe.

Suite à l'arrêt de la Cour du 18 octobre 1982, les sommes accordées par la Cour aux requérants en application de l'article 50 de la Convention européenne des Droits de l'Homme pour frais et dépens ont été payées.

ESTUDOS SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM

FRANZ MATSCHER (1)

**LA PROTECTION DE L'INDIVIDU
A L'EGARD DES ADMINISTRATIONS FISCALE
ET DOUANIERE
ET LA CONVENTION EUROPEENNE
DES DROITS DE L'HOMME (2) (*)**

(*) Le présent rapport a été préparé en vue du Colloque sur la protection de l'individu à l'égard des actes des administrations fiscale et douanière, organisé à Messine du 25 au 27 mars 1985 par le Conseil de l'Europe en coopération avec le Centre International de Recherches et d'Etudes Sociologiques, Pénales et Pénitentiaires de Messine. Il est ici publié avec l'autorisation du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

(1) O autor, Doutor Franz Matscher nasceu em Merano, Tirol do Sul, em 19 de Janeiro de 1928. É Juiz do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e Professor Catedrático de Direito de Processo Civil e de Direito Comparado na Universidade de Salzbourg, de que já foi Reitor.

Foi Diplomata de carreira.

Ensina Direito Comparado entre os sistemas jurídicos da Áustria e da Itália na Universidade de Innsbruck e direito inglês na Academia Diplomática de Viena.

Autor de numerosas publicações, fez investigações não só sobre o direito de processo e direito comparado, como de direito internacional, nomeadamente no que concerne às relações entre o direito internacional e o direito nacional.

(2) Documentação e Direito Comparado honra-se de publicar o presente estudo do Professor Matscher apresentado no colóquio (Março de 1985) organizado pelo Conselho da Europa em Cooperação com o Centro Internacional de Investigações e Estudos Sociológicos, Penais e Penitenciários de Messina.

Ao Professor Matscher e ao Conselho da Europa se agradece a autorização dada, por intermédio do Conselheiro Pinheiro Farinha, para a publicação em «Documentação e Direito Comparado».

I. INTRODUCTION

La Convention (*) prévoit des garanties procédurales dans plusieurs domaines et de types différents:

1. Les mesures privatives de liberté — à la condition qu'elles soient permises (article 5 al 1) — doivent répondre à certaines exigences d'ordre procédural (article 5 al 2-4);
2. Pour les contestations sur les droits et obligations de caractère civil ainsi que pour les accusations en matière pénale toute personne a le droit d'être jugée par un tribunal indépendant et impartial, après une procédure équitable et publique, et dans un délai raisonnable (article 6 al 1); à cela s'ajoutent, en matière pénale, d'autres garanties spécifiques (article 6 al 2 et 3);
3. Quiconque se prétend victime de la violation d'un droit garanti par la Convention doit avoir la possibilité d'interjeter un recours effectif devant une instance nationale.

(*) On utilisera dans le corps du Rapport les expressions suivants:
Convention = Convention Européenne des Droits de l'Homme;
Cour = Cour Européenne des Droits de l'Homme;
Commission = Commission Européenne des Droits de l'Homme;
Protocole = Protocole Additionnel n.º 1 à la Convention.
Les articles cités sans indication spéciale sont ceux de la Convention.

Ce système de garanties procédurales couvre-t-il aussi les matières fiscales et douanières, ou, au moins, certains aspects de celles-ci? La réponse dépend de la question de savoir dans quelle mesure les matières fiscales et douanières rentrent dans une des catégories des droits soumis au régime des garanties procédurales que nous venons d'esquisser. Il s'agit donc essentiellement d'une question d'interprétation des concepts que la Convention utilise pour indiquer les situations juridiques qu'elle tend à protéger, c'est-à-dire, pour déterminer le champ d'application substantiel de ses clauses y relatives.

Dans ce travail d'exégèse, il faut partir de la constatation que les organes de la Convention interprètent les concepts juridiques dont elle se sert d'une façon autonome, c'est-à-dire, en se référant d'une part aux objectifs et au système de la Convention et d'autre part aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit national des Etats contractants.

Le but du présent rapport est de voir dans quelle mesure les matières fiscales et douanières jouissent des garanties procédurales prévues par la Convention. Il s'appuiera en premier lieu sur la jurisprudence pertinente des organes de la Convention. A cette analyse de *lege lata* feront suite quelques considérations de *lege ferenda*. Par ailleurs, il sera peu question de l'étendue et du fonctionnement des garanties procédurales dont on aura considéré l'applicabilité, étant donné que, à ce sujet, il existe maintenant une jurisprudence abondante et relativement bien établie.

Pour délimiter le sujet du rapport, il faut préciser la notion de «matières fiscales et douanières».

Dans la science des finances il n'y a pas d'accord sur l'étendue de la notion en question. Dans le présent rapport on entendra par «matières fiscales et douanières» toutes les formes de prélèvements obligatoires des administrations publiques — y compris les cotisations de sécurité sociale obligatoires — au sens de l'article 2 du projet de Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale en cours d'élaboration au Conseil de l'Europe, en collaboration avec l'OCDE, ainsi que les droits de douane, les droits à l'importation et à l'exportation, qui, pour des raisons techniques, ne sont pas couverts par ledit projet.

Une autre observation préliminaire s'impose: à ce stade, et avant de connaître les rapports comparatifs sur les pouvoirs et les procédures des administrations fiscale et douanière, et sur les différences qui existent entre ceux-ci et

ceux qui sont prévus par le droit administratif général, le droit civil et le droit pénal, il n'est guère possible d'évaluer si ces différences sont justifiées dans l'esprit de la Convention, la Résolution (77) 31 et la Recommandation R (80) 2 du Comité des Ministres. Ce sujet ne pourra donc être abordé que dans la discussion, après avoir entendu les rapports en question.

II. LES GARANTIES PROCEDURALES DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION

Comme nous l'avons indiqué, la Convention prévoit, à son article 6 al 1, des garanties procédurales en matière civile et pénale.

a. Sur la notion de contestations sur des droits et obligations de caractère civil

En partant de l'arrêt de la Cour dans l'affaire Ringeisen⁽³⁾ [16.7.71, A/13 p. 39 § 94], et des développements de sa jurisprudence ultérieure [König, 28.6.78, A/27 § 90 ss⁽⁴⁾; Le Compte I, 23.6.81, ⁽⁵⁾ A/43 § 41 ss; Le Compte II, 10.2.83, A/58 § 27 ss]⁽⁶⁾, les organes de la Convention souscrivent à une conception très large de la notion de «contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil». D'après ces arrêts, la notion en cause couvre toute procédure dont l'issue est déterminante pour les droits et obligations de caractère privé. Peu importent dès lors la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée et celle de l'autorité compétente en la matière. Lors-

⁽³⁾ Sumariado sob n.º 16 em Documentação e Direito Comparado, 6, 559.

⁽⁴⁾ Publicado em Documentação e Direito Comparado, 2, 373.

⁽⁵⁾ Publicado em Documentação e Direito Comparado, 6, 565.

⁽⁶⁾ Sumariado, sob n.º 61º, em Documentação e Direito Comparado, 15, 153.

que la contestation oppose un particulier à une autorité publique, il n'est donc pas décisif que celle-ci ait agi en tant que détentrice de la puissance publique; seul compte le caractère du droit qui se trouve en cause.

En ce qui concerne la notion de «contestation», l'esprit de la Convention commanderait de ne pas prendre ce terme dans une acception trop technique et d'en donner une définition matérielle plutôt que formelle. Il importe seulement que la contestation ait porté sur des droits et obligations de caractère civil. A cet égard — la Cour tient à le souligner — l'article 6 ne se contenterait pas d'un lien tenu ni de répercussions lointaines: des droits et obligations de caractère civil doivent constituer l'objet ou un des objets de la contestation et l'issue de la procédure en question devrait être déterminante pour un tel droit.

Procédant de cette manière, les organes de la Convention ont attribué une qualification «civile» à plusieurs matières qui, d'après le droit des Etats contractants, rentrent dans les domaines du droit administratif et du droit disciplinaire; ils ont affirmé l'existence d'une «contestation» même en dehors de l'hypothèse où deux personnes se disputent un droit, où il y a donc différend entre elles, ainsi dans des cas où il s'agit plutôt de l'octroi ou du retrait d'un droit, ou de l'imposition d'une obligation, de la part des autorités administratives et disciplinaires, situations qui sont mieux couvertes par le texte anglais («in the determination of...») que par le texte français («décidera... des contestations sur...») de l'article 6 al 1.

Plus récemment toutefois les organes de la Convention semblent avoir aperçu les difficultés auxquelles mène cette acception large de la notion de «matière civile», et en particulier l'application qu'ils en ont faite. En effet, en suivant cette jurisprudence, et en la poussant à l'extrême, il n'y a presque plus rien qui échapperait à cette notion, ce qui, assurément ne correspond pas à l'idée sous-jacente à l'article 6 al 1. Par ailleurs, cette jurisprudence n'était pas en mesure de définir d'une manière suffisamment claire et précise la nature du lien qui devrait exister entre un droit civil et une procédure déterminée pour pouvoir qualifier celle-ci comme étant relative à une contestation sur un droit ou une obligation de caractère civil. En se servant, à cet égard, de formules vagues et ambiguës, elle n'a pas contribué non plus à la sécurité juridique (voir, par exemple, ma position critique à l'égard de cette jurisprudence exprimée dans mes opinions séparées relatives aux affaires König [A/27,

p. 45 ss], le Compte I [A/43, p. 34 ss] et le Compte II [A/58, p. 26 ss].

Pour ces raisons, la Commission a commencé à rétrécir la notion de «matière civile», en ayant recours à des expédients, du reste guère plus satisfaisants; je me réfère à ce propos aux rapports dans les affaires Kaplan [7598/76, 17.7.80 DR 21, 5], confirmé par le Comité des Ministres [Résolution DH (81) 1 du 23.1.81], et Benthem [8848/80, 8.10.83], actuellement devant la Cour.

b. Sur la notion d'accusation en matière pénale

Outre évidemment les affaires pénales classiques relevant des juridictions correctionnelles dans la majorité sinon l'ensemble des Etats européens, les organes de la Convention ont, en suivant une interprétation autonome, également qualifié de «pénales», sous certaines conditions, des matières qui, dans le droit interne des Etats contractants concernés, étaient traitées comme disciplinaires ou administratives.

D'après la jurisprudence de la Cour, une affaire est couverte par la notion de «matière pénale», lorsqu'elle répond à un des critères suivants:

1. Elle est traitée comme pénale d'après la technique juridique de l'Etat en cause;
2. Elle est pénale d'après sa nature;
3. La sanction que l'intéressé risque de subir atteint un certain degré de sévérité, en particulier, lorsqu'il s'agit d'une peine privative de liberté, à l'exclusion toutefois des cas de peines privatives de liberté qui, par leur nature, leur durée ou leurs modalités d'exécution, ne sauraient causer un préjudice important [voir les arrêts Engel et autres, 8.6.76, A/22 §§81, 82⁽⁸⁾; Oztürk, 27.5.83, A/73 § 50].⁽⁹⁾

(7) Publicado neste número de Documentação e Direito Comparado.

(8) Sumariado, sob n.º 22, em Documentação e Direito Comparado, 7, 248.

(9) Publicado em Documentação e Direito Comparado, 13, 191.

Contrairement à celle de «matière civile», la notion de «matière pénale», telle qu'elle a été élaborée par la jurisprudence de la Cour, repose sur des critères bien plus précis, même si l'application qui en était faite dans certains cas peut prêter à discussion [avoir, par exemple, mon opinion séparée dans l'affaire Oztürk, A/73, p. 29 ss].

III. LES AFFAIRES FISCALES ET DOUANIERES DANS LA JURISPRUDENCE DES ORGANES DE LA CONVENTION

Jusqu'à présent, la Cour n'a pas encore eu à traiter le problème des garanties procédurales en matière fiscale et douanière; il y a pourtant, à ce sujet, certaines décisions de la Commission.

a. Dans un premier groupe d'affaires, les requérants se sont plaint du fait que la procédure de fixation et de recouvrement de leurs impôts — directs ou indirects, généraux ou spéciaux [impôt spécial sur les bénéfiques de guerre, taxe sur les débits de boisson aux serveuses, taxe de métro, prélèvements effectués conformément à la loi sur la péréquation des charges (Lastenausgleich) etc...] — ou de leurs droits de douane, n'était pas conforme aux prescrits de l'article 6 al 1: décision par une autorité administrative que l'on ne pouvait pas qualifier de «tribunal indépendant et impartial», manquement aux exigences du procès équitable, dépassement du délai raisonnable, etc.. Pourtant, aucune de ces requêtes n'a été reçue. Si l'on écarte les requêtes qui ont été déclarées irrecevables pour des motifs procéduraux, par exemple le non-épuisement des voies de recours internes au sens de l'article 26, où le problème qui seul nous intéresse ici, n'a pas dû être traité [par exemple 945/60 X/D, 10.3.62, Coll. 8,

98], toutes les autres ont été rejetées comme échappant à la compétence ratione materiae de la Commission, pour incompatibilité avec les dispositions de la Convention (article 27 al 2). En effet, d'après la Commission, le droit fiscal et douanier ainsi que le régime de cotisation à l'assurance sociale obligatoire ressortissent au droit public et, dès lors, ils ne sont pas couverts par les garanties procédurales de l'article 6 al 1, encore que les mesures fiscales incriminées aient entraîné des répercussions sur les droits patrimoniaux du contribuable [2145/64 X/B, 1.10.65, Ann. 8, 313]. Des attendus analogues se trouvent dans les décisions suivantes de la Commission, le fond du raisonnement étant resté toujours le même quoique l'on puisse constater une certaine évolution dans les nuances de la formulation retenue: l'article 6 al 1 n'est pas applicable à certaines procédures de caractère fiscal ou touchant l'imposition [1904/63, 2029/63, 2094/63, 2217/64 A, B, C et D/ND, 23.5.66, Ann 9, 285; 2248/64 X/ND, 6.2.67, Ann 10, 177]; l'article 6 al 1 n'est pas applicable en principe aux procédures de caractère fiscal [2717/66, X, Y et Z/D, 6.2.69, Ann 13, 199]; il ne s'applique pas aux procédures relatives à la taxation fiscale [2552/62 X/D, 151267 Coll 26, 1: 8903/80 X/A, 8.7.80, DR 21, 248; 9553/81 X/B, 3.3.83 (non publié), 9908/82 X/F, 4.5.83 (non publié), 10396/83, X/A, 16.3.84 (non publié)].

Soulignons que les expressions «pas applicable à certaines procédures...» ou «ne s'applique pas *en principe* à...», qui semblent vouloir indiquer une réserve à la généralité de l'affirmation, ne se trouvent plus dans les décisions les plus récentes; en effet, dans celles-ci l'affirmation de la non-applicabilité de l'article 6 al 1 aux affaires de caractère fiscal — au titre de «matière civile» — est nette.

Quelques-unes des requêtes que nous venons de mentionner invoquaient également un manquement aux exigences des articles 13 et 14. La Commission n'a jamais accueilli ces griefs au motif que l'article 13 ne serait applicable que dans l'hypothèse «d'une atteinte à l'un des droits et libertés reconnus par la Convention» et que l'article 14, pour sa part, n'interdirait que la discrimination «dans la jouissance des droits et des libertés reconnus par la Convention», ce qui n'aurait pas été le cas dans les affaires en question [par exemple 2145/64: 1904/63, 2929/63, 2094/63, 2217/64; 2717/66]. On peut observer qu'à cette époque, la Commission n'avait encore fait état ni de la doctrine du caractère «autonome», ni des développements que l'application des dispo-

sitions en question a connus par la suite dans la jurisprudence des organes de la Convention. Il s'agit là de problèmes qu'il n'y a pas lieu de traiter ici.

b. Dans les affaires qui ont été analysées sous (a) ci-dessus, les requérants se plaignaient soit seulement de la procédure relative à la fixation des impôts ou droits de douane à percevoir, en alléguant, à cet égard, une violation de l'article 6 al 1, soit aussi de l'imposition elle-même, ou de son montant, présentés comme contraires au droit au respect des biens au sens de l'article 1^{er} du Protocole Additionnel. D'autres requêtes alléguaient exclusivement une violation de cette dernière disposition.

En principe il ne nous appartient pas de discuter dans le cadre du présent rapport la question de l'applicabilité à la matière fiscale de l'article 1^{er} du Protocole, pris isolément ou en combinaison vec l'article 14 de la Convention. Au reste, cette applicabilité a été constamment admise par la Convention. Remarquons simplement qu'aucune de ces requêtes n'a été retenue par la Commission, au motif que les lois instituant les impôts ou contributions en cause, et que les mesures prises en application de celles-ci, ont toujours été considérés comme compatibles avec les limitations que la 2^{ème} phrase de al 1 et l'al 2 de l'article 1^{er} du Protocole autorisent quant au droit de toute personne au respect de ses biens. Le grief relatif à une prétendue violation de l'article 14 n'a pas non plus été reconnu fondé, la Commission ayant estimé que le traitement différent de diverses catégories de contribuables était justifié en l'espèce.

Si nous faisons néanmoins mentions de l'article 1 du Protocole dans le cadre de notre rapport, c'est pour la raison suivante:

Comme nous venons de l'indiquer, la Commission reconnaît l'applicabilité de l'article 1^{er} du Protocole «à la matière fiscale et aux rapports de celle-ci avec le droit de chacun au respect de ses biens». La formule citée est empruntée aux décisions dans l'affaire 6087/73 X/A, 13.5.76, DR 5, 10 et 9553/81 X/B, 3.383 (non publié) et se trouve en substance dans toute la jurisprudence pertinente de la Commission. Or, dans son arrêt Sporrang et Lönnroth [23.9.82, A/52 § 79 ss]⁽¹⁰⁾, la Cour a constaté qu'une procédure d'expropriation touche un droit de caractère civil et que cette procédure peut don-

⁽¹⁰⁾ Publicado em Documentação e Direito Comparado, 10, 105.

ner lieu à une contestation sur un tel droit; que en conséquence l'article 6 al 1 s'y applique [voir aussi l'affaire 7287/75 X/A, 3.3.78, DR 13, 27, où la Commission a traité une mesure de confiscation en tant que peine fiscale, sous l'angle de l'article 1^{er} al 2 du Protocole]. Il n'est pas dans mes intentions d'approfondir le problème des relations entre impôts et confiscation. Je me borne à souligner que les impôts — non seulement sur les biens, mais aussi sur le revenu — peuvent revêtir un caractère confiscatoire. Pourrait-on en conclure que, vu son incidence sur le droit des biens, la matière fiscale rentre aussi dans le champ d'application de l'article 6 al 1? En partant de la notion large de la «matière civile», telle qu'elle a été élaborée par les organes de la Convention (supra, II/a), une thèse de cette sorte ne me semblerait pas dépourvue de tout fondement. J'hésite pourtant à y souscrire. En effet, j'ai des doutes quant au bien-fondé de la prémisse elle-même.

c. Jusqu'à présent, les organes de la Convention n'ont eu que très rarement l'occasion de s'occuper de la matière fiscale pénale. Dans une première affaire [945/60 X/D, 10.3.62, Coll 8, 98], le requérant avait fait valoir une violation de l'article 6 al 1 en connexion avec la procédure fiscale pénale dont il avait été l'objet. La Commission n'a pas eu l'occasion de prendre position au sujet de ce grief, en raison du défaut d'épuisement de voies de recours internes.

Dans une autre affaire [5421/72 X/B, 5.2.73, Coll 43, 94], le requérant avait objecté, à titre supplémentaire, que la loi fiscale belge applicable contenait aussi des sanctions pénales (articles 339-350 du Code des Impôts sur le Revenu). Cependant, la Commission a constaté que, en l'espèce, les autorités belges n'avaient pas fait application des dispositions en question, de sorte que, à cet égard, le requérant ne pouvait pas se prétendre victime d'une violation de la Convention.

Dans plusieurs affaires contre l'Autriche [par exemple, 8957/80, X/A, 2.3.83 (non publié)], les requérants se sont plaints du fait que dans la procédure pénale fiscale les tribunaux se sentent liés par la fixation des impôts opérée par l'autorité administrative; il en résulterait une limitation des droits de la défense, les tribunaux étant, dans une large mesure, empêchés d'examiner les faits pertinents. En définitive, ils ont allégué une violation de l'article 6, paragraphes 1 et 2. Cependant, aucune de ces requêtes n'a été déclarée receva-

ble, pour des motifs qui ont dispensé la Commission d'examiner le fond des arguments développés.

En définitive, les organes de la Convention se sont jamais prononcés directement sur l'applicabilité de l'article 6 — dans sa dimension pénale — aux affaires pénales fiscales. Néanmoins, la jurisprudence des organes de la Convention relative à la notion d'«accusation pénale» (avoir supra, II/b), autorise les conclusions suivantes:

1. Lorsqu'une infraction aux lois fiscales est qualifiée par exemple d'escroquerie d'après le droit de l'Etat mis en cause, et partant, confiée aux juridictions correctionnelles, il n'y a pas de doute que l'article 6 s'y applique (à cause de la qualification pénale, opérée par le droit de cet Etat);
2. Les procédures pénales fiscales administratives peuvent elles aussi tomber sous le coup de l'article 6, soit à cause de la nature de l'infraction (une notion très difficile à déterminer — voir mon opinion séparée dans l'affaire Oztürk, A/73, p. 31) soit à cause de la sévérité de la sanction que le contribuable risque de subir, en particulier, lorsqu'il s'agit d'une peine privative de liberté (dans ce cas, aussi les garanties procédurales de l'article 5 entreraient en jeu); d'autre part, une peine pécuniaire d'un montant élevé peut constituer une sanction grave et bien plus sévère qu'un emprisonnement de courte durée.

IV. CONCLUSIONS DE LEGE LATA

A titre de conclusion de l'analyse de la jurisprudence des organes de la Convention que nous venons d'effectuer, nous devons constater que les affaires fiscales et douanières, dans leur aspect d'«imposition», ne jouissent pas des garanties procédurales de l'article 6 al 1. Ce n'est que lorsqu'elles revêtent un caractère pénal qu'elles peuvent être couvertes par celles-ci.

Bien sûr, la garantie procédurale de l'article 13 («recours effectif devant une instance nationale») peut entrer en ligne de compte, spécialement depuis que les organes de la Convention en ont reconnu le caractère autonome: peut s'en prévaloir tout individu qui, «de manière plausible se prétend victime d'une violation de la Convention». L'instance nationale, dont parle l'article 13, ne doit pas être une instance judiciaire, même si ses pouvoirs et les garanties qu'elle présente doivent être pris en considération pour apprécier l'efficacité du recours [Silver et autres, 25.3.83, A/61, §113]⁽¹⁾. En somme, l'article 13 se contente de garanties procédurales très génériques et on peut penser que les législations de la plupart des Etats contractants offrent en matière fiscale et douanière des garanties de ce type.

La situation de *lege lata*, telle que nous venons de la décrire, est-elle satisfaisante? Elle ne l'est point, vu l'incidence que la législation fiscale possède sur la vie économique et aussi privée des individus, que la Convention entend protéger, cette incidence étant, dans la vie quotidienne, bien plus marquée que celle que peuvent avoir les affaires civiles et pénales classiques et qui, en toute hypothèse, ne surgissent que de façon sporadique. Pourtant, ces dernières jouissent des garanties procédurales de l'article 6. En d'autres mots: l'individu a un besoin plus grand de jouir de certaines garanties procédurales vis-à-vis des actes de l'administration, y compris les actes de l'administration fiscale, auxquels il est confronté constamment, qu'au sujet de ses querelles de droit civil ou des accusations en matière pénale, qui ne se présenteront à lui que rarement ou même jamais.

Mais, d'une part, un nouvel élargissement de la notion de «droit civil», pour y faire entrer aussi le droit fiscal, ne serait pas une solution recommandable. En effet, les garanties procédurales que l'article 6 al 1 prévoit sont conçues typiquement pour les affaires civiles classiques et se prêtent mal aux affaires administratives (je me réfère aux difficultés que les organes de la Convention ont rencontrées, en étendant la notion de «matière civile» aux affaires administratives et disciplinaires; voir à ce sujet, *supra*, II/a, in fine). D'autre part, la constatation, en elle-même correcte, que «certaines causes échappent à l'empire (de l'article 6) faute de se ranger dans une des deux catégories (le civil et le pénal)» [Le Compte I, § 41], n'est pas non plus réconfortante.

D'où la nécessité de réfléchir sur un amendement de l'article 6 en intro-

(1) Sumariado, sob n.º 64.º, em *Documentação e Direito Comparado*, 15, 161.

duisant, par la voie d'un protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme, des garanties procédurales adéquates aux affaires administratives, y compris les affaires fiscales et douanières. Ces garanties ne doivent pas être exactement celles — et en tout cas pas nécessairement toutes celles — de l'article 6.

V. CONSIDERATIONS DE LEGE FERENDA

Conscients du problème que nous venons de développer, les organes du Conseil de l'Europe ont fait les premiers pas dans la direction d'une solution convenable de celui-ci.

Je mentionne en premier lieu la Résolution (77) 31 relative à la protection de l'individu au regard des actes de l'administration, adoptée par le Conseil des Ministres le 28 septembre 1977, et qui indique des garanties procédurales appropriées pour les matières administratives. Même si l'exposé des motifs ne le mentionne pas explicitement, il me semble clair que les décisions en matière fiscale et douanière sont comprises dans la définition que la Résolution donne de l'acte administratif.

Pour la même raison, la Recommandation R (80) 2 du 11 mars 1980, qui énonce les principes de fond et de procédure, devant régir l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de l'administration, se réfère, elle aussi, à l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans l'administration fiscale et douanière.

Enfin je mentionne qu'au sein du Comité des Ministres et du CDDH, on discute la possibilité d'un nouveau Protocole Additionnel, introduisant certaines garanties procédurales en matière administrative et, partant, en matière fiscale et douanière.

Le but à atteindre serait l'élaboration, et l'adoption par les Etats contractants, d'un tel protocole additionnel, en vue aussi de rejoindre, à cet égard,

la Convention américaine des Droits de l'Homme, le Pacte de San José de Costarica du 22 novembre 1969, qui prévoit, en son article 8 al 1, des garanties procédurales adéquates explicitement aussi pour les affaires fiscales.

Une dernière réflexion s'impose: les Etats européens s'apprêtent à élaborer une Convention sur l'entraide administrative en matière fiscale à laquelle seront invités à se joindre les Etats démocratiques non européens membres de l'OCDE. Comme en matière pénale, là aussi la coopération devrait être refusée dans le cas où l'intéressé n'a pas disposé dans l'Etat requérant, des garanties procédurales essentielles. Il incomberait donc aux organes du Conseil de l'Europe de définir ces garanties dans un instrument spécifique.^(¹¹)

(¹¹) As notas de 1 a 11 não são do autor.

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

ONU

**MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES
E
RUI MANUEL MOURA RAMOS**

*Assistentes da Faculdade de Direito de Coimbra
e da Universidade Católica Portuguesa*

ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

Análise da Lei-Modelo da CNUDCI
de 1985

LISBOA

1986

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO (n.ºs 1 a 5)

CAPÍTULO I — DISPOSIÇÕES GERAIS (n.ºs 6 a 21)

- A) Campo de Aplicação (n.ºs 7 a 12)
- B) Regras de Interpretação (n.ºs 13 a 17)
- C) Recepção de comunicações escritas (n.º18)
- D) Renúncia ao direito de oposição (n.º19)
- E) Intervenção dos tribunais judiciais no processo arbitral (n.º20)
- F) Tribunal ou outra autoridade com funções de assistência e controlo no quadro da arbitragem (n.º21)

CAPÍTULO II — CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM (n.ºs 22 a 26)

- A) Convenção de Arbitragem: definição e forma (n.ºs 23 e 24)
- B) Influência da existência da convenção de arbitragem sobre certos procedimentos judiciais (n.ºs 25 e 26)

CAPÍTULO III — COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL (n.ºs 27 a 37)

- A) Número de árbitros (n.º 28)
- B) Processo de nomeação dos árbitros (n.ºs 29 a 33)
- C) Recusa dos árbitros (n.ºs 34 e 35)
- D) Alguns casos de cessação do mandato dos árbitros (n.º 36)
- E) Substituição de árbitros (n.º 37)

CAPÍTULO IV — COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL
(n.ºs 38 a 43)

- A) Competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência (n.ºs 39 a 42)
- B) Poder do tribunal arbitral para decretar medidas cautelares (n.º 43)

CAPÍTULO V — CONDUÇÃO DO PROCESSO ARBITRAL (n.ºs 44 a 54)

- A) Princípio da igualdade de tratamento (n.º 45)
- B) Determinação das regras de processo (n.º 46)
- C) Lugar da Arbitragem (n.º 47)
- D) Início do processo arbitral (n.º 48)
- E) Língua a utilizar no processo arbitral (n.º 49)
- F) Alegações de acusação e defesa (n.º 50)
- G) Forma do Processo (n.º 51)
- H) Falta de cumprimento de uma das partes (n.º 52)
- I) Perito nomeado pelo tribunal arbitral (n.º 53)
- J) Assistência dos tribunais judiciais na obtenção de provas (n.º 54)

CAPÍTULO VI — SENTENÇA ARBITRAL E ENCERRAMENTO DO PROCESSO (n.ºs 55 a 61)

- A) Regras aplicáveis ao fundo da causa (n.º 56)
- B) Decisão tomada por vários árbitros (n.º 57)

- C) Decisão do litígio por acordo das partes (n.º 58)
- D) Forma e conteúdo da sentença (n.º 59)
- E) Encerramento do processo arbitral (n.º 60)
- F) Rectificação e interpretação da sentença arbitral (n.º 61)

CAPÍTULO VII — RECURSO DA SENTENÇA ARBITRAL (n.ºs 62 a 67)

CAPÍTULO VIII — RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS (n.ºs 68 a 72)

- A) Princípio geral (n.º 69)
- B) Fundamentos de recusa do reconhecimento ou da execução (n.ºs 70 a 72).

ABREVIATURAS

- B.F.D.U.C. — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- Clunet — Journal de Droit International
- C.N.U.D.C.I. — Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional
- Dalloz — Recueil Dalloz Sirey de Doctrine, de Jurisprudence et de Législation
- J.C.L.Q. — The International and Comparative Law Quarterly
- Rabelsz — Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
- R.C.D.I.P. — Revue Critique de Droit International Privé
- R.D.I.D.C. — Revue de Droit International et de Droit Comparé
- R.D.I.P.P. — Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale
- Recueil des Cours — Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
- R.L.J. — Revista de Legislação e de Jurisprudência.

INTRODUÇÃO

1. Em 21 de Junho de 1985, ao concluir a sua XVIII Sessão, a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI) ⁽¹⁾ aprovou uma Lei-Modelo sobre a Arbitragem Comercial Internacional, assim concluindo uma tarefa iniciada em 1981 por um grupo de trabalho especial constituído no seu seio.

Remonta porém a um momento anterior, mais exactamente ao da própria criação da CNUDCI (1966), a preocupação deste órgão subsidiário da ONU com o tema da arbitragem comercial internacional ⁽²⁾, desde logo incluído no seu programa de trabalho. Em resultado da actividade desenvolvida neste âmbito surge-nos, em 1976, o Regulamento de Arbitragem da CNUDCI, conjunto de regras a que os interessados (ou seja, todos os intervenientes em transacções comerciais internacionais que pretendam ver os litígios que estas originam solucionados por via arbitral) poderão utilizar nos processos arbitrais em que se encontrem envolvidos ⁽³⁾.

(1) Sobre esta Comissão e o labor por ela desenvolvido na área da regulamentação jurídica do comércio internacional, cfr. os estudos publicados no *American Journal of Comparative Law* (v. 27, 1979, n.º 2 e 3, p. 201-563) são a epígrafe *Unification of International Trade Law: UNCITRAL'S First Decade* e, entre nós, MARIA ÂNGELA BENTO SOARES — RUA MANUEL MOURA RAMOS, *Do Contrato de Compra e Venda Internacional*, in *Documentação e Direito Comparado*, v. 6 (1981), pp. 81 e ss., nota 2.

(2) Sobre o ponto, veja-se MICHAEL JOACHIM BONELL, *Le Nazione Unite e l'Arbitrato Commerciale Internazionale*, R.D.I.P.P., v. 18 (1982), pp. 270 e ss.

(3) Note-se que, para além disso, a CNUDCI se preocupou ainda com a resolução dos litígios por acordo das partes. A fim de promover e facilitar o recurso a este método, foi aprovado em 1980 o Regulamento de Conciliação da CNUDCI.

Para a análise detalhada dos dois instrumentos, cfr. KARLHEINZ RAUH, *Die Schieds — und Schlichtsordnungen der UNCITRAL*, Köhn, 1983, Carl Heymans Verlag.

. O êxito e a expansão deste Regulamento — prova evidente da necessidade de intervenção normativa neste domínio, no plano internacional — não foram, porém, suficientes para a resolução de todos os problemas que se levantavam em matéria de arbitragem comercial internacional. E isto não só pelo carácter lacunar desta regulamentação como ainda pela sua natureza puramente negocial e pela sede em que por isso naturalmente se insere — a da autonomia das partes. Com efeito, estamos aqui tão só perante um instrumento que vinculará as partes se e quando estas a ele se entenderem referir⁽⁴⁾.

2. Ora, a problemática da arbitragem comercial internacional implica que se proceda a um tratamento global da questão em ordem a obter uma regulamentação uniforme ou, quando menos, uma harmonização dos vários sistemas jurídicos neste domínio.

Na verdade é a todos os títulos indiscutível a importância de uma tal tarefa nos nossos dias. Desde logo, é manifesto o crescente recurso à via arbitral para a resolução dos conflitos surgidos no âmbito das transacções comerciais internacionais ⁽⁵⁾. Recurso este que se vê justificado por várias ordens de razões ⁽⁶⁾, de entre as quais sobressaem a preocupação das partes envolvidas nessas transacções em obter uma justiça mais rápida, mais adequada e

(4) Igual limitação se deve assinalar aos regulamentos de arbitragem criados por diversos organismos especializados. De entre eles se destacam, pela sua frequente utilização, o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) — Cfr. E. J. COHN, *The Rules of Arbitration of the ICC*, J.C.L.Q., v. 14 (1965), pp. 132 e ss., EISEMANN, *Arbitration under the ICC Rules*, J.C.L.Q., v. 15 (1965), pp. 726 e ss. e KARL — HEINZ BÖCKSTIEGEL, *The New Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce*, in *Internationales Recht and Wirtschaftsordnung*. Festschrift F.A. Manns, München, 1977, Verlag C. H. Beck, p. 575 e ss. —, as Regras de Arbitragem da Comissão Económica das Nações Unidas para a Europa (ECFE) — Cfr. E.J. COHN, *The Rules of Arbitration of the United Nations Economic Commission for Europe*, J.C.L.Q., v. 16 (1967), pp. 946 e ss. — e as Regras para a Arbitragem Comercial Internacional da Comissão Económica das Nações Unidas para a Ásia e o Médio Oriente (ECAFE) — Cfr. PIETER SANDERS, *ECAFE Rules for the International Commercial Arbitration*, in *International Arbitration*. Liber Amicorum for Martim Domke, The Hague, 1967, Martinus Nijhoff, pp. 252 e ss.

(5) Neste sentido, por exemplo, veja-se LOUSSOUARN - BREDIN, *Droit du Commerce International*, Paris, 1969, Sirey, pp. 86 e ss.

(6) Para um inventário de tais razões, cfr., além dos autores citado na nota anterior, RENÉ DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1981, Economica, p. 15 e ss.

de resultados mais previsíveis do que aquela que seria alcançada mediante a utilização dos meios judiciais comuns. Mais rápida, porque o ritmo do procedimento arbitral é em grande parte susceptível de ser imprimido pelas partes, não dependendo por outro lado a actuação dos árbitros dos condicionalismos que muitas vezes emperram o mecanismo judicial. Mais adequada, porque mais apta a resolver os concretos litígios surgidos, na medida em que os árbitros serão normalmente pessoas com especiais qualificações e conhecimentos na matéria sobre que recaem tais litígios. De resultados mais previsíveis, porque, podendo indicar aos árbitros o sistema jurídico à face do qual querem ver resolvidas as suas disputas, as partes subtraem assim a decisão respectiva à álea que vai de par com o envolvimento de várias ordens jurídicas nacionais numa concreta transacção internacional.

Este florescimento da ideia arbitral na prática veio a justificar, assim, a redobrada atenção de que tem sido alvo, nos últimos tempos, o mecanismo arbitral (7); de modo que pode dizer-se que se radicou na doutrina a convicção de que a arbitragem comercial internacional constitui um instrumento decisivo para o desenvolvimento do comércio internacional (8). Cremos poder mesmo afirmar-se que este modo de entender as coisas vai sensibilizando pouco a pouco os próprios legisladores nacionais, alguns dos quais a ele aderiram já explicitamente, dando-lhe corpo (9). E não se esgotou na

(7) Sobre este ponto, vejam-se, nomeadamente, PHILIPPE FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, Librairie Dalloz; JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage. Nature Juridique. Droit interne et droit international privé*, Paris, 1965, L.G.D.J.; *International Arbitration. Liber amicorum for Martin Domke*, Haia, 1967, Martinus Nijhoff; PIETER SANDERS, *Trends in the fields of international commercial arbitration*, *Recueil des Cours*, 145 (1975 - II), pp. 205 e ss.; LOUSSOUARN-BREDIN (n. 5), pp. 84 e ss. e RENÉ DAVID (n. 6).

(8) Neste sentido, por exemplo, PIERRE LALIVE, *Sur la contribution de l'arbitrage au développement d'un droit du commerce international*, in *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Genève, 1977, Sijthoff, pp. 387 e ss., e HENRY P. DE VRIES, *International Commercial Arbitration: a contractual substitute for national courts*, *Tulane Law Review*, v. 57 (1982), pp. 42 e ss.

(9) Assim, em França, logo seguida de Djibouti, o Decreto n.º 81 500 de 12 de Maio de 1981 (*Journal Officiel* de 14 de Maio de 1981) que acrescentou ao livro IV — A Arbitragem — do Código de Processo Civil um novo capítulo dirigido especificamente à arbitragem comercial internacional. Sobre esta regulamentação, cfr. PIERRE BELLET - ERNST MEZGER, *L'arbitrage internationale dans le nouveau code de procédure civile*, *R.C.D.I.P.*, v. 70 (1981), pp. 611 e ss., PHILIPPE FOUCHARD, *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, *R.D.I.D.C.*, v. 59 (1982), pp.

criação de normas específicas para a arbitragem comercial internacional a influência da ideia arbitral, em sede de intervenção legislativa: ela manifesta-se ainda na renovação, um pouco por toda a parte, dos dispositivos legais sobre a arbitragem interna ⁽¹⁰⁾.

Só que, também aqui, e pela sua diversidade, os comandos normativos puramente internos não chegam para alcançar o desiderato que o recurso à arbitragem comercial internacional colima, tornando-se assim necessária a elaboração, em sede internacional, de um normativo dirigido a este domínio.

3. E se vimos já surgir vários instrumentos internacionais tendentes a regular a matéria da arbitragem comercial internacional, instrumentos elaborados sob os auspícios de várias organizações, a verdade é que nenhum deles logrou ainda atingir os objectivos atrás definidos ⁽¹¹⁾.

Os primeiros destes instrumentos — únicos, de resto, a que Portugal se encontra vinculado — são o Protocolo de Genève relativo às cláusulas de arbi-

29 e ss. e JEAN ROBERT, *L'arbitrage en matière internationale*, Dalloz Chronique, pp. 209 e ss. Para uma análise circunstanciada da posição da arbitragem no direito francês, cfr. JEAN ROBERT, *L'arbitrage. Droit Interne. Droit International Privé*, 5ª edição, Paris, 1983, Dalloz. Intervenções legislativas neste domínio, com o mais modesto alcance de restringir ou excluir em certos casos o recurso a tribunais judiciais, encontramos-las também na Grã-Bretanha em 1979 (Lei de Arbitragem de 4 de Abril — para o respectivo texto, cfr. Revista de la Corte Española de Arbitrage, v. 1 (1984), pp. 234 e ss.) seguida pela Austrália (em Victória e New South Wales) e na Áustria em 1983. No mesmo sentido, o projecto suíço de uma lei federal sobre o direito internacional privado.

Sobre a prática dos tribunais americanos a este propósito, cfr. GEORGES R. DELAUME, *L'arbitrage transnational et les tribunaux américains*, Clunet, v. 108 (1981), pp. 788 e ss. E, para o direito brasileiro, veja-se JÜRGEN SAMTLEBEN, *Arbitragem Comercial no Direito Internacional Privado Brasileiro*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia, I, Coimbra, 1985.

Em geral sobre esta questão, veja-se ainda, R. LUZZATTO, *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, Recueil des Cours, v. 157 (1977 - IV), p. 9 e ss.

⁽¹⁰⁾ Assim, na Itália com a lei n.º 28 de 6 de Janeiro de 1983 (in Revista citada na nota anterior, pp. 232 e s. — cfr. também ANDREA GIARDINA, *La nuova disciplina del arbitrato in Itália*, R.D.I.P.P., v. 19 (1983), pp. 449 e ss.); na Jugoslávia, com os artigos 97 a 101 da lei sobre a solução dos conflitos de leis com as disposições de outros países em certas matérias, de 15 de Julho de 1982 (veja-se o texto na revista citada na nota anterior, a pp. 240 e ss.); na China, com a lei de 22 de Agosto de 1983 (cfr. o texto na Rabelsz, v. 49 (1985), pp. 160 e ss. e FRANK MÜNZEL, *Die neuen Schiedsregeln für Wirtschaftsverträge der Volksrepublik China von 1983*, *ibidem*, pp. 155 e ss.) e Portugal — Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho.

⁽¹¹⁾ Isto pese embora o distinto carácter que revestem estes instrumentos relativamente aos citados atrás no n.º 1 e cuja intervenção vimos estar na dependência da vontade das partes.

tragem de 1923 ⁽¹²⁾ e a Convenção de Genève para a execução das sentenças arbitrais de 1927 ⁽¹³⁾. Estes textos, se na altura da sua adopção representaram um passo relevante no tratamento de certas das questões que se colocam na nossa matéria, são hoje porém claramente insuficientes. Não só pelo carácter parcelar das suas disposições — que se limitam a frisar os princípios da validade das cláusulas de arbitragem e do reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras — como pelo seu reduzido âmbito de aplicação, condicionado pelo funcionamento do princípio da reciprocidade: a aplicação dos seus preceitos só tem lugar, num caso, quando as partes envolvidas no litígio estejam sujeitas à jurisdição de Estados contratantes, e no outro, quando a sentença arbitral tenha sido proferida no território de um Estado contratante.

A superação destes instrumentos evidencia-se claramente com o aparecimento e a receptividade de um segundo convénio em matéria de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras — a Convenção de Nova York de 1958 ⁽¹⁴⁾ — que pelos seus próprios termos remeteu os primeiros a uma vigência quase residual ⁽¹⁵⁾. Mas se este último instrumento se veio a revelar satisfatório, recolhendo a adesão de quase 70 Estados, cumpre não esquecer que o seu âmbito temático se limita apenas a um dos aspectos em que se desdobra o problema da arbitragem: o reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras.

Quanto ao processo de arbitragem em si mesmo, surgiram quatro convenções internacionais, mas de âmbito tão só regional. Trata-se da Convenção europeia sobre a arbitragem comercial internacional (Genève, 1961), da Convenção Europeia contendo uma lei uniforme em matéria de arbitragem

⁽¹²⁾ Para o respectivo texto, cfr. Diário do Governo, I Série, n.º 10, de 13 de Janeiro de 1931, pp. 76 e ss.

⁽¹³⁾ *Loc. cit.* na nota anterior, pp. 85 e ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. a propósito JEAN ROBERT, *La Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Dalloz, 1958, chr. 223 e JEAN DENIS BREDIN, *La Convention de New York du 10 juin 1958, pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Clunet, 1960, pp. 1002 e ss.

⁽¹⁵⁾ Com efeito, o parágrafo 2 do artigo VII da Convenção de Nova York dispõe que tais instrumentos deixarão de vigorar entre os Estados contratantes a partir do dia e na medida em que eles se vincularem àquela Convenção.

(Estrasburgo, 1966) ⁽¹⁶⁾, da Convenção de Moscovo de 1972 que instituiu uma arbitragem obrigatória para todos os litígios que possam surgir nas relações de cooperação entre os países membros do Conselho de Ajuda Económica Mútua (CAEM) e da Convenção Interamericana sobre a arbitragem no comércio internacional (Panamá, 1975). A primeira e as duas últimas encontram-se em vigor, mas a limitação regional do seu campo de aplicação impede-as de corresponderem ao escopo de unificação ou harmonização para que devem tender os textos elaborados internacionalmente em matéria de arbitragem ⁽¹⁷⁾.

Fazia-se, pois, sentir no domínio internacional a falta de um instrumento jurídico de vocação universal que abrangesse toda a gama de questões implicadas pela arbitragem comercial internacional.

4. É este espaço que a regulamentação aprovada pela CNUDCI vem agora ocupar. Na verdade, como resulta do que adiante se dirá, este diploma contém uma regulamentação acabada de todo o *iter* arbitral: desde a convenção de arbitragem até ao reconhecimento e execução da sentença arbitral, passando pela constituição e competência do tribunal arbitral, condução do processo, elaboração da sentença, termo do processo e recurso a que a sen-

⁽¹⁶⁾ Note-se que com esta Convenção se pretende uniformizar os sistemas legislativos dos países membros do Conselho da Europa em matéria de arbitragem não só internacional como interna.

⁽¹⁷⁾ Tão pouco serve esta finalidade uma outra convenção internacional que, se bem que em vigor, tem um campo de aplicação bastante limitado. Trata-se da Convenção sobre a resolução de litígios em matéria de investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados (Washington, 1965) — cfr. A. BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States: Applicable Law and Default Procedure*, in *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967, Martinus Nijhoff, pp. 12 e ss., ANDREA GIARDINA, *L'exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*, *Revue Critique*, v. 71 (1982), pp. 273 e ss., PIERO BERNARDINI, *Le prime esperienze arbitrali del Centro Internazionale per il Regolamento delle controversie relative ad investimenti*, *RDIPP*, v. 17 (1981), pp. 29 e ss. e P. F. SUTHERLAND, *The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, *J.C.L.Q.*, v. 28 (1979), pp. 367 e ss.

⁽¹⁸⁾ Para uma visão geral das soluções contidas na Lei-Modelo, cfr. GEROLD HERRMANN, *The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration — its features and prospects*, comunicação apresentada pelo autor em conferências realizadas sobre a arbitragem inter-

tença pode dar lugar, todas as questões com relevância jurídica aí encontram tratamento ⁽¹⁸⁾.

De entre as formas possíveis que o presente instrumento poderia revestir, optou a CNUDCI pela Lei-Modelo ⁽¹⁹⁾ ⁽²⁰⁾. A escolha assim feita era a mais apta a permitir que os participantes na elaboração do texto — na sua maioria peritos designados pelos Estados — intervissem o mais possível distanciados das regras nacionais respectivas, podendo estar assim em melhores condições para encontrar as soluções que se lhes apresentassem mais adequadas ⁽²¹⁾. Na verdade, a Lei-Modelo constitui, como a própria designação o indica, um paradigma proposto aos Estados que o virão a acolher na medida em que entenderem dever fazê-lo, sem assim se encontrarem remetidos para a situação, conatural à aprovação de uma convenção, de ter ou não de aceitar em globo ⁽²²⁾ o normativo aí contido. O que nos permite pensar que, ao

nacional na Nova Zelândia, Austrália, Hong-Kong e Canadá, no Outono de 1985. Para uma apreciação do projecto respectivo (Documento A/CN.9 W.G. 2/7/CRP. 1, de 6 de Fevereiro de 1984, das Nações Unidas), cfr. GEROLD HERRMANN, *UNCITRAL's Work Towards a Model Law on International Commercial Arbitration*, *Pace Law Review*, v. 4 (Spring 1984), n.º 3, pp. 537 e ss. e MICHAEL KERR, *Arbitration and the Courts: the UNCITRAL Model Law*, *J.C.L.Q.*, v. 34 (1985), pp. 1 e ss.

⁽¹⁹⁾ A alternativa seria a elaboração de uma convenção internacional (à semelhança do que se passou com o contrato de compra e venda internacional — veja-se o comentário à respectiva convenção citado *supra* na nota 1), já que a outra possibilidade — cláusulas gerais — se afigurava insuficiente, como vimos a propósito do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI (*supra*, n. 1). Sobre a diferença de estrutura e efeitos entre estas várias formas jurídicas que um instrumento internacional pode revestir, cfr. MARIA ÂNGELA BENTO SOARES — RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Cláusulas penais em contratos internacionais*, *Documentação e Direito Comparado*, v. 15 (1983), pp. 271 e ss.

⁽²⁰⁾ Note-se que foi idêntica a opção tomada pela V Conferência de Ministros da Justiça dos países hispano-luso-americanos que, na sua reunião de Lima, em 1981, aprovou uma Lei-Modelo sobre a arbitragem interna, recomendando aos Governos dos países membros da Conferência que, ao reverem as respectivas leis sobre a matéria, tivessem presentes as regras da Lei-Modelo. Cfr. o respectivo texto na *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, v. I (1984), pp. 252 e ss. e, *ibidem*, a pp. 29 e ss., MARCELINO CABANAS RODRIGUEZ, *La Ley-Tipo de Arbitraje para Iberoamérica*.

⁽²¹⁾ Neste sentido, cfr. PIETER SANDERS, *Harmonization of Arbitration Laws. A Model Law?*, *Festschrift für Arthur Bülow*, Berlim, 1981, Carl Heymans Verlag, pp. 85 e ss.

⁽²²⁾ Sem prejuízo, claro está, do eventual funcionamento do mecanismo das reservas.

cabo e ao resto, ainda que não dotada de força vinculativa, a Lei-Modelo se encontra afinal em melhor posição para propiciar uma real e mais vasta harmonização das várias legislações nacionais no domínio da arbitragem comercial internacional. Para além de que, muito embora a Lei-Modelo se apresente tão só como um guia para a harmonização das legislações nacionais em matéria de arbitragem comercial internacional, nos parece que ela é susceptível de vir também a contribuir significativamente para a aproximação dos sistemas jurídicos nacionais em sede da própria arbitragem interna.

5. Por último, cremos que a existência do texto em análise, e que comentaremos nos capítulos seguintes, pode vir a revestir particular importância no que ao nosso país respeita.

Com efeito, e por um lado, Portugal não dispõe de qualquer normativo que regule em bloco a arbitragem comercial internacional. Apenas existe neste domínio, com carácter geral, o artigo 1097º do Código de Processo Civil (que, em sede de reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras, manda aplicar as regras editadas para o reconhecimento das decisões judiciais estrangeiras⁽²³⁾) e, apenas para algumas das situações referidas acima⁽²⁴⁾, o Protocolo de Génève relativo às cláusulas de arbitragem de 1923 e a Convenção de Génève para a execução das sentenças arbitrais estrangeiras de 1927.

Por outro lado, embora recentemente tenha sido publicada uma nova lei sobre a arbitragem interna — o Decreto-Lei nº 283/84, de 17 de Julho⁽²⁵⁾ — a verdade é que se nos afigura que a regulamentação aí contida enferma de várias deficiências⁽²⁶⁾, como veremos ao cotejar os seus preceitos com os da Lei-Modelo.

(23) Assim FERRER CORREIA (*Lições de Direito Internacional Privado. Aditamentos. Do Reconhecimento e Execução das Sentenças Estrangeiras*, 1973, Universidade de Coimbra, polic., p. 92), que analisa detidamente o regime das várias condições postas ao reconhecimento.

(24) No nº 3.

(25) Que se destina a substituir a regulamentação da arbitragem contida no Livro IV, Título I, do Código de Processo Civil.

(26) Pese embora o facto de o nosso legislador ter à sua disposição, para o guiar, um texto — em cuja elaboração o Estado Português participou — que, no seu todo, nos parece constituir um conjunto aceitável de regras aplicáveis à arbitragem interna: A Lei-Modelo de Arbitragem para a Iberoamérica (cfr. *supra*, nota 20).

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

6. No Capítulo I da Lei-Modelo, e sob a epígrafe de Disposições Gerais, surge-nos um conjunto heterogêneo de preceitos que o legislador entendeu formular logo de início. Uns, porque, atenta a sua fisionomia, têm de ser necessariamente considerados com carácter prévio à aplicação da Lei (é o caso da delimitação do seu campo de aplicação); outros, porque são decisivos para a compreensão e funcionamento do mecanismo por ela criado (é o que se passa com a definição de alguns termos utilizados no clausulado, com algumas regras de interpretação e com a disciplina de dois pontos específicos — o momento da recepção das comunicações escritas e a renúncia ao direito de fazer oposição); outros ainda, porque identificam e precisam o grau de intervenção no mecanismo da arbitragem das instâncias judiciais nacionais.

A) *Campo de Aplicação*

7. O campo de aplicação do presente instrumento é delimitado no artigo 1º por referência a três vectores fundamentais: a natureza comercial da questão que origina o litígio, o carácter internacional da arbitragem e a circunstância de o lugar da arbitragem estar situado no território do Estado que incorpora a Lei-Modelo⁽²⁷⁾.

(27) Em lugar algum da presente lei se define o que seja arbitragem, limitando-se a alínea a) do art. 2º a aludir às duas espécies sob que ela se pode apresentar: arbitragem organizada ou institucional e arbitragem *ad hoc*. Cfr. *infra*, nº 14. O que não é estranho se se atender a que existe um largo consenso sobre as realidades que podem ser reconduzidas a este conceito. Sobre o ponto, veja-se RENÉ DAVID, (n.6), pp. 9 e ss.

8. No que toca ao requisito comercialidade, basta-se o texto enuncia tão somente a sua indispensabilidade, renunciando a defini-lo (parágrafo 1). Para tanto terão contribuído as dificuldades em chegar a uma tal definição, atenta a diversidade de soluções legais e de pontos de vista doutrinários que ocorrem a este propósito nos vários sistemas jurídicos. No entanto, e em ordem a auxiliar o intérprete na identificação das questões susceptíveis de serem abrangidas pelo termo comercial, o legislador (adoptando um método que se pode considerar pouco comum — inserção numa nota de pé de página) enuncia, a título exemplificativo, uma série de transacções que se deve considerar revestirem tal carácter. Observe-se, a este propósito, que, dada a variedade de sectores abrangidos nesse elenco⁽²⁸⁾, há de concluir-se que o legislador teve em mente um sentido tão amplo quanto possível da expressão transacções comerciais — sentido este que, porque contido num instrumento internacional, se tem de compreender com autonomia em relação àquele que se entenda ver consagrado em qualquer lei interna e, portanto, também na nossa.

9. Ainda no parágrafo 1 do artigo 1º se alude à caracterização da arbitragem como internacional. Porém, e ao contrário do que acabamos de ver que sucede com o qualificativo comercial, o legislador, no parágrafo 3 do mesmo artigo, determina os pressupostos de que depende a internacionalidade, assim optando por um caminho diferente do seguido pela lei francesa que se bastou com uma fórmula geral de contornos imprecisos: arbitragem internacional é a que «met en cause des intérêts du commerce international» (art. 1492º do Código de Processo Civil).

São três as situações em que, no entender do legislador, está presente a nota da internacionalidade. A primeira — alínea a) do parágrafo 3 — atende à localização em Estados diferentes do estabelecimento das partes na convenção de arbitragem, no momento da conclusão desta. Trata-se de um condicionalismo que revela de per si a inserção do litígio na esfera internacional e que se baseia num elemento objectivo ligado à actividade negocial das partes — razão por que, de resto, tem sido utilizado para os mesmos efeitos, em vários instrumentos relativos quer à arbitragem⁽²⁹⁾, quer, em geral, à regula-

(28) Onde se incluem, por exemplo, contratos de compra e venda de bens ou fornecimento de bens ou serviços, transacções bancárias, formas de cooperação empresarial, transportes e outros.

mentação das transacções internacionais⁽³⁰⁾. Prevenindo a hipótese de as partes terem mais de um estabelecimento, ou a de não possuírem estabelecimentos algum, prescreve-se, no parágrafo 4 do mesmo artigo, por um lado, que em caso de pluralidade de estabelecimentos, aquele que haverá que tomar em consideração é o que tiver a relação mais estreita com a convenção de arbitragem (alínea a)); e, por outro lado, que na falta de estabelecimento se atenderá à residência habitual da parte em questão (alínea b)). A escolha aqui feita, que traduz uma solução que se pode considerar já como pacífica no âmbito dos instrumentos elaborados pela CNUDCI, parece-nos a mais acertada, conforme noutro local deixámos dito ⁽³¹⁾.

Nos termos da alínea b) do parágrafo 3 do artigo 1º, será também internacional a arbitragem quando, embora os estabelecimentos de ambas as partes na convenção de arbitragem estejam localizados num mesmo país, se situe fora deste *seja* o lugar da arbitragem, se tal for estipulado na convenção de arbitragem, ou for determinável através dela (alínea a)), *seja* qualquer outro lugar em que deva ser executada uma parte substancial das obrigações nascidas da relação comercial ou o lugar com o qual o objecto do litígio apresente laços mais estreitos (alínea b)).

Manifesta-se aqui, pois, o desejo do legislador em alargar o campo de aplicação das novas regras a outras hipóteses de arbitragem plurilocalizada nas quais o carácter internacional não radica no facto de as partes na convenção de arbitragem terem o seu estabelecimento em países diferentes. Sendo este o objectivo a atingir, ele justifica-se de per si no contexto de um instrumento de uniformização legislativa, havendo apenas que averiguar a razoabilidade dos novos pressupostos de internacionalidade aqui consagrados.

Quanto ao primeiro, o lugar da arbitragem, a sua adopção justifica-se pelo relevo que a um tal local é sempre reconhecido no processo arbitral inter-

(29) Assim, o art. 1º, n.ºs 1, alínea a), e 2, alínea c) da Convenção Europeia sobre arbitragem internacional assinada em Génève em 1961.

(30) Cfr. o art. 1º, parágrafo 1, da Convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, os arts. 2º, alínea a) e 3º, parágrafo 1, da Convenção de Nova York de 1974 sobre a prescrição em matéria de compra e venda internacional de mercadorias e o art. 2º, alínea a) das Regras Uniformes da CNUDCI de 1983 relativas às cláusulas penais em contratos internacionais.

(31) Confirma o trabalho citado *supra*, na nota 1.

nacional⁽³²⁾. Note-se, porém, que tal critério só releva quando o mencionado local tenha sido objecto de escolha expressa das partes na própria convenção de arbitragem ou então seja determinável por referência a mecanismos previstos nesta última. Só assim se poderá dizer que o lugar da arbitragem é função da vontade das partes — elemento este a que, em última análise, o legislador quis atender também na definição da internacionalidade do processo arbitral ⁽³³⁾ ⁽³⁴⁾.

No que ao segundo factor de internacionalização da arbitragem concerne, o legislador atendeu a elementos que revelam a manifesta ligação da situação que está na base do diferendo com outro país que não aquele em que ambas as partes têm o seu estabelecimento e onde, porventura, terá lugar a arbitragem. Desta forma, processo respectivo deixará de ser regulado pelas leis comuns desse país sobre arbitragem, para ficar sujeito ao direito uniforme ora criado. Tal solução não se afigura chocante uma vez que a situação em causa é substancialmente internacional, por apresentar laços relevantes com outro país — quer porque aí tenha lugar a execução de uma parte significativa das obrigações resultantes da relação litigiosa, quer porque é com esse país que tal relação apresenta laços mais estreitos.

Finalmente, a alínea c) do parágrafo 3 do artigo 1º contém uma norma nos termos da qual a arbitragem será ainda internacional quando as partes convencionem expressamente que o objecto da convenção de arbitragem apresenta laços com mais de um país. Numa primeira análise, dir-se-á que esta norma consagra de forma ilimitada a autonomia das partes na definição do campo de aplicação do direito uniforme, uma vez que bastaria a afirmação, sem qualquer controlo, do carácter internacional do objecto da convenção de arbitragem para desencadear a aplicação deste direito.

⁽³²⁾ Assim RENÉ DAVID (n.6), pp. 390-391.

⁽³³⁾ Note-se que a não consagração do critério aqui expressamente retido levaria a que as situações de arbitragem que, pela sua aplicação, caem no campo do direito uniforme (aqui, do criado por este instrumento) ficariam, doutro modo, sujeitas ao jogo do mecanismo conflitual, a propósito do qual haveria logo de pôr a questão da qualificação da arbitragem como estrangeira ou como internacional.

⁽³⁴⁾ E atente-se que à autonomia das partes apenas é reconhecido este alcance quando ela se traduz na eleição, nos termos referidos, do local da arbitragem — e não já na escolha de um árbitro estrangeiro ou de regras de processo estrangeiras.

Porém, a verdade é que, se o legislador quis dar às partes a liberdade de qualificar como internacional a relação em que se encontram envolvidas ⁽³⁵⁾, para assim possibilitar a aplicação do direito uniforme, não deixou, como veremos ⁽³⁶⁾, de acautelar certos interesses que subjazem a algumas ordens jurídicas, as quais veriam neste caso afastada a aplicação dos seus comandos.

10. A terceira condição de aplicabilidade da Lei-Modelo, que vem enunciada no paragrafo 2 do artigo 1º, traduz-se na exigência de que o lugar da arbitragem se situe no território do Estado que incorpora esta Lei.

Este preceito, que não constava do projecto inicial, foi introduzido no decurso da discussão verificada no plenário da Comissão, e tal se ficou a dever ao facto de se ter chegado à conclusão de que esta regra contribuiria para uma maior harmonização neste campo, reduzindo assim os conflitos de leis e de competência, ao serem determinados uniformemente para todos os Estados os casos em que estarão obrigados a observar o dispositivo que incorporaram no seu sistema jurídico ⁽³⁷⁾.

A opção pela localização da arbitragem como factor determinante da aplicabilidade da Lei-Modelo em determinado Estado, ficou a dever-se à consideração de que era este o critério retido pela grande maioria das legislações nacionais e ao facto de ser raramente utilizada a possibilidade dada por certos legisladores às partes de submeterem as arbitragens a um direito diferente do do local onde estas se realizam⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ Repare-se que o recurso à vontade das partes nesta sede provém da alegada necessidade de tornar mais preciso o conteúdo do preceito que estamos a analisar. Na verdade, o projecto respectivo permitia que o direito uniforme se applicasse quando “o objecto da convenção de arbitragem se ligasse a mais de um Estado”, o que foi considerado pelas várias delegações como extremamente vago. A introdução do princípio da autonomia neste particular teria assim a vantagem de propiciar maior segurança na aplicação da Lei-Modelo.

⁽³⁶⁾ *Infra*, nº 11.

⁽³⁷⁾ Doutro modo, isto é, prescindindo desta condição, seria deixado ao critério de cada Estado a determinação do campo de aplicação territorial desta Lei, o que, como bem se compreende, poderia gerar os mencionados conflitos de leis e jurisdições.

⁽³⁸⁾ Isto não significa, note-se desde já, que o processo arbitral deva ficar submetido necessariamente à lei do Estado onde decorre a arbitragem, uma vez que, como teremos ocasião de assinalar, a Lei-Modelo concede às partes uma grande liberdade para determinar as regras do processo arbitral.

Contudo, há que realçar que determinadas disposições da Lei-Modelo não vêm a sua aplicação afectada pela não verificação desta terceira condição. Trata-se, por um lado, das regras referentes aos efeitos que a existência de uma convenção de arbitragem produz quer sobre a propositura de uma acção judicial referente à matéria coberta pelo litígio (artigo 8º, parágrafos 1 e 2), quer sobre a possibilidade de pedido e concessão de providências cautelares (artigo 9º) e, por outro, daquelas que dizem respeito ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais (artigos 35º e 36º). Num como noutro caso, as regras uniformes em causa não disciplinam propriamente o processo arbitral, limitando-se antes a prever ou os efeitos indirectos ou oblíquos da existência da convenção de arbitragem sobre a actuação dos órgãos judiciais de um Estado, ou a relevância da sentença arbitral na ordem jurídica estadual. Trata-se, pois, de efeitos que apenas se produzem em relação à ordem jurídica do próprio Estado, aqui não correndo, portanto, justificação para a não aplicação das citadas normas da Lei-Modelo (lei que faz parte integrante, por hipótese, do seu sistema jurídico). Tais normas como que se autonomizam das restantes — estas sim, por regularem o próprio mecanismo da arbitragem, vêm a sua aplicação dependente da conexão territorial que decorre da localização da arbitragem no Estado em causa.

11. A definição do campo de aplicação do direito uniforme a que estamos a proceder vem a completar-se, agora pela via negativa, com o preceito contido na parágrafo 5 do artigo 1º que tem por objectivo a tutela dos interesses estaduais, a qual implica, umas vezes, a exclusão do procedimento arbitral para certas hipóteses e, outras, a sujeição desse procedimento a determinadas regras.

Deste modo, dispõe o citado parágrafo (39) que esta Lei não prejudica qualquer norma do Estado em que se venha a incorporar que prescreva a não arbitrabilidade de certos litígios (40) ou a necessária sujeição destes a regras

(39) Doutrina semelhante à aqui consagrada encontramos-a já no artigo 1º, §3, da Convenção Europeia contendo uma lei uniforme em matéria de arbitragem, de 1966.

(40) Tenha-se presente que, entre nós, o artigo 1º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, exclui o recurso à arbitragem em matéria de direitos indisponíveis. Nas legislações estrangeiras encontram-se também vários exemplos desta proibição, por exemplo em matéria de arrendamento, acordos comerciais ou industriais, etc.

de arbitragem diferentes das previstas nesta Lei ⁽⁴¹⁾. Compreende-se facilmente que, mesmo no âmbito material de aplicação da Lei-Modelo, haja pontos que os Estados queiram reservar à sua organização judiciária ou que, admitindo embora, quanto a eles, a composição arbitral, entendam discipliná-la, em termos imperativos, de forma particular. O presente normativo a mais não vem, assim, do que a garantir a plena eficácia destes mecanismos, o que contribuirá certamente para facilitar a adopção da Lei-Modelo por parte dos Estados que, doutro modo, teriam porventura relutância em fazê-lo, dada sobretudo a grande facilidade com que pode ser postergada a aplicação das respectivas disciplinas nacionais, por via do comando da alínea c) do parágrafo 3 e do amplo reconhecimento aí dado à autonomia das partes.

12. Por último, o legislador uniforme fez questão de deixar claro que a Lei-Modelo cede perante qualquer acordo bilateral ou multilateral a que o Estado que a incorpore se encontre vinculado. A solução afigura-se correcta, quanto mais não seja porque permite ao Estado honrar os compromissos internacionais anteriormente assumidos⁽⁴²⁾. Por outro lado, também se afigura

⁽⁴¹⁾ Parece ser o que deve entender-se, à face do nosso direito, quanto às matérias incluídas n.º artigo 65.ºA do Código de Processo Civil que, não sendo excluídas da sujeição a procedimento arbitral (artigo 1.º do já citado Decreto-Lei n.º 243/84) não podem contudo ser submetidas a qualquer tipo de jurisdição estrangeira (judicial ou arbitral), em virtude do artigo 99.º, n.º 3, alínea c) do mesmo Código.

E o mesmo acontece em certos países, em matéria de operações de bolsa e de contratos de seguro. Cfr. o *Rapport explicatif* da Convenção Europeia citada na nota 39 no § 12 do art. 1.º

⁽⁴²⁾ Como, por exemplo, a Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras, a Convenção Europeia sobre a arbitragem comercial internacional concluída em Génève em 1961, a Convenção Interamericana sobre a arbitragem comercial internacional assinada no Panamá em 1975, e a Convenção de Washington, de 1965, para a resolução dos litígios relativos aos investimentos entre Estados e cidadãos de outros Estados — que contêm preceitos que podem contender com os da presente Lei-Modelo.

Note-se que o preceito abrange mesmo os compromissos de correntes de instrumentos internacionais que, não se dirigindo directamente à matéria da arbitragem, de algum modo admitem o mecanismo arbitral, fazendo-o funcionar em termos diferentes dos da Lei-Modelo. Neste sentido, veja-se, entre nós, o artigo 33 da Convenção relativa ao contrato de transporte internacionais de mercadorias por estrada — CMR, assinada em Génève em 19 de Maio de 1956 (aprovada para adesão pelo Decreto-Lei n.º 46 235, de 18 de Março de 1965): “o contrato de transporte pode conter uma cláusula que atribua competência a um tribunal arbitral, desde que essa cláusula estipule que o tribunal arbitral aplique a presente Convenção”. Assim, o recurso à arbitragem, nos contratos regulados por esta Convenção, podendo embora ter lugar no quadro de actuação da Lei-Modelo, implicará porém, sempre, uma derrogação do artigo 28.º desta lei (cfr. *infra*, n.º 56).

justificada a inclusão de um preceito a este propósito porque, se bem que maioritária, a solução que ele traduz não é pacífica em todas as ordens jurídicas (43).

No que ao nosso sistema respeita, importa referir que estão em vigor entre nós, como já vimos (44), dois acordos multilaterais — o Protocolo relativo às cláusulas de arbitragem, assinado em Genève em 24 de Setembro de 1923 e a Convenção para a execução das sentenças arbitrais estrangeiras, também concluída em Genève em 26 de Setembro de 1927 — cuja vigência na nossa ordem jurídica não seria, pois, afectada (qualquer que seja o entendimento entre nós defendido em geral sobre as relações entre o direito convencional recebido e o direito internacional posterior) pela incorporação da presente Lei-Modelo. Assim, as convenções de arbitragem (e as sentenças arbitrais), celebradas (ou proferidas) entre (ou em relação a) partes sujeitas à jurisdição de Estados vinculados a estes instrumentos continuarão a ver a sua validade (ou reconhecimento) regida pelos normativos constantes destes actos convencionais.

B) Regras de interpretação

13. O artigo 2º da Lei-Modelo constitui no seu todo uma regra interpretativa que tem como objectivo fixar o sentido, para efeitos de aplicação da mesma Lei, de determinados termos e conceitos nela utilizados.

14. O primeiro termo cujo sentido preocupa o legislador é o de *arbitragem*, a propósito do qual se prescreve, na alínea a), que ele abrange toda e qualquer arbitragem (45), quer a sua organização seja ou não confiada a

(43) À face do nosso direito, por exemplo, a solução contrária foi por último defendida por A. BARBOSA DE MELO, *A preferência da lei posterior em conflito com normas convencionais recebidas na ordem interna ao abrigo do nº 2 do artigo 8º da Constituição da República*, in *Colecção de Jurisprudência*, 1985, t. IV, pp. 13 e ss. Em sentido contrário, contudo, cfr. RUI MANUEL MOURA RAMOS, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: sua posição na ordem jurídica portuguesa*, in *Documentação e Direito Comparado*, v. 5 (1981), pp. 95 e ss.

(44) Confira *supra*, nº 5.

(45) Arbitragem que, no entanto, há-de ser fundada no acordo voluntário das partes — cfr. o parágrafo 1 do artigo 7º. O mesmo se deve entender entre nós à face do preâmbulo do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, que parece afastar do seu âmbito de aplicação a arbitragem obrigatória.

uma instituição permanente de arbitragem. O legislador limita-se a esclarecer que o presente normativo se aplica tanto à arbitragem *ad hoc* como à organizada ou institucional, tendo renunciado, como já referimos ⁽⁴⁶⁾, a definir o próprio conceito de arbitragem.

15. Na alínea b) esclarece-se que a expressão *tribunal arbitral* designa quer um árbitro único quer um grupo de árbitros, enquanto que, na alínea c), se precisa que a utilização isolada do termo *tribunal* importa uma referência a um organismo ou órgão do sistema jurídico de um Estado. Entendendo-se embora ser pacífico o conteúdo destas expressões, o legislador procurou prevenir assim mesmo as confusões teminológicas que poderiam ocorrer sempre que no interior de um sistema jurídico (e por razões de ordem linguística) a palavra tribunal seja utilizada para designar quer o órgão judicial quer a instância arbitral ⁽⁴⁷⁾.

16. As alíneas d) e e) do artigo 2º traduzem a intenção do legislador uniforme de potenciar ao máximo a actuação da liberdade contratual, sempre que lhe seja dada guarida na presente Lei-Modelo.

Assim, na alínea d), precisa-se que todas as vezes que uma disposição da Lei-Modelo (à excepção do artigo 28º) conferia às partes a liberdade de decidir uma determinada questão, tal liberdade importa o direito de as partes autorizarem um terceiro, aí incluída uma instituição, a decidir esta questão. A liberdade aqui reconhecida às partes permite que estas deleguem numa terceira pessoa ou instância a decisão sobre certas questões como, por exemplo, o número de árbitros ou o local da arbitragem. Quis contudo o legislador subtrair a este regime a escolha da lei aplicável ao fundo do litígio (matéria regulada no artigo 28º), como que entendendo que a liberdade de escolha da lei reconhecida às partes apenas por elas mesmas deverá poder ser exercida, atenta a repercussão de uma tal escolha sobre a decisão da causa.

Por seu turno, a alínea e) prescreve que sempre que uma disposição da presente Lei se referir ao facto de as partes acordarem ou poderem acordar em determinada questão, uma tal convenção engloba qualquer regulamento de arbitragem que aí seja mencionado. Dá-se assim cobertura legal a uma prática comum que consiste em as partes mencionarem num acordo entre si celebrado um regulamento de arbitragem de certas instituições (como, por

⁽⁴⁶⁾ Cfr. *supra*, nota 27.

⁽⁴⁷⁾ Seria desde logo o caso do nosso sistema.

exemplo, o regulamento de arbitragem da CNUDICI de 1976 ⁽⁴⁸⁾), associações (assim, por exemplo, o regulamento de arbitragem da Liverpool Cotton Association) ou de outros órgãos, com o intuito de proceder á recepção material dos seus preceitos. Idêntica solução encontramos na nossa lei, nos números 2 e 3 do artigo 2º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho. E segundo o entendimento que nos parece ser o mais correcto, o disposto no artigo 37º deste diploma vem reforçar esta mesma solução. Deverá assim entender-se que, quando as partes optarem por uma arbitragem institucional ⁽⁴⁹⁾, o formalismo do processo será o previsto no regulamento do tribunal arbitral em causa.

17. Uma última regra interpretativa surge na alínea f) deste artigo 2º. Aí se dispõe que, quando uma disposição da presente Lei-Modelo se referir a um pedido, esta disposição aplica-se também a um pedido reconvenicional; e quando uma disposição se referir à contestação, ela aplica-se igualmente à contestação de um pedido reconvenicional. Tal regime não se aplica nas hipóteses da alínea a) do artigo 25º e do parágrafo 2, alínea a) do artigo 32º, uma vez que o pedido que aí é referido é apenas a petição inicial. A inclusão desta regra ficou a dever-se ao facto de se ter entendido que ela contribuiria para dissipar dúvidas que se põem a este propósito na interpretação de instrumentos que a omitem, como é o caso do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI.

C) *Recepção de comunicações escritas*

18. O artigo 3º da Lei-Modelo contém regras sobre as comunicações escritas no processo arbitral ⁽⁵⁰⁾. Tais regras revestem natureza supletiva e

⁽⁴⁸⁾ Sobre este Regulamento, cfr. *supra*, o nº 1.

⁽⁴⁹⁾ Parece-nos irrecusável que o legislador se está a referir apenas aos tribunais arbitrais instituídos, e não aos criados *ad hoc*, pois só assim se compreende o disposto no artigo 38º na parte em que exige que os regulamentos desses Tribunais sejam aprovados pelo Ministério da Justiça.

⁽⁵⁰⁾ E só neste, pois o parágrafo 2 do artigo 3º expressamente afasta a aplicabilidade do regime do número 1 às comunicações feitas no quadro de um qualquer procedimento judicial. Nesta sede, aplicar-se-á o direito processual a que o tribunal respectivo estiver vinculado.

referem-se quer ao modo como devem ser feitas tais comunicações para se considerarem escritas (alínea a)), quer ao momento em que se entende que tal recepção teve lugar (alínea b)). Quanto à primeira questão, o legislador dispõe que uma comunicação foi recebida quando há elementos que permitem concluir ter ela chegado à esfera jurídica do destinatário, ou por ter sido feita pessoalmente a este, ou por ter sido entregue no seu estabelecimento, residência habitual ou endereço postal. Considera-se ainda que uma comunicação foi recebida quando, não tendo sido encontrado nenhum dos citados locais após uma averiguação razoável, tal comunicação foi enviada ao estabelecimento, à residência habitual ou endereço postal do destinatário por último conhecidos, através de carta registada ou de qualquer outro meio que prove a tentativa de entrega.

A solução afigura-se razoável e demonstra a preocupação do legislador com a procura de uma equilibrada balança de interesses das duas partes. Assim, surge em primeiro lugar o intuito de garantir a efectiva recepção da comunicação — o que traduz o empenho na plena tutela da posição do destinatário. Só que não são também esquecidos os interesses do emitente, na medida em que, goradas que tenham sido os esforços para conseguir uma entrega efectiva da comunicação, se considera esta levada a efeito com o seu envio, através de um meio que ateste as diligências feitas para garantir efectivamente a entrega.

A alínea b) resolve o problema do momento em que a comunicação se considera recebida. Tal é o dia em que nos termos acabados de referir ela se tem por entregue.

Na nossa lei não existe uma norma que regule com carácter geral este ponto. Encontramos apenas referência ao modo de efectuar as comunicações e ao momento da respectiva eficácia em determinados passos da regulamentação do processo arbitral. Em tais casos ⁽⁵¹⁾, pode dizer-se que o nosso legislador denota igual empenho em garantir a efectiva recepção da comunicação pelo destinatário, ao prescrever a exigência de uma carta registada, nalguns casos com aviso de recepção.

⁽⁵¹⁾ Vejam-se os artigos 8º, nºs 2, 6 e 7, 20º, 28º, nº 1, e 30º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho.

D) *Renúncia ao direito de oposição*

19. Como sucede em todo e qualquer processo, a inobservância das regras aplicáveis legitima o direito de fazer oposição à forma como o julgamento do litígio está a ser conduzido. No contexto da Lei-Modelo, considera-se como uma renúncia a este direito o facto de qualquer das partes, embora saiba que não foi respeitada uma disposição supletiva da presente Lei ou qualquer condição inserida na convenção de arbitragem, prosseguir contudo o processo arbitral ⁽⁵²⁾ sem deduzir oposição de imediato (ou, se para o efeito for previsto um prazo, dentro desse prazo).

A regra assim enunciada traduz uma aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* ⁽⁵³⁾, razão porque a sua consagração, ademais formulada em termos vagos ⁽⁵⁴⁾, poderia parecer desnecessária. Porém, entendeu-se que uma tal disposição sempre possibilitaria uma maior eficácia do processo arbitral, ao mesmo tempo que se tornava mais explícita a consagração do dever de agir segundo a boa-fé na condução deste processo, para além de que ela também contribuiria para uma maior uniformidade neste domínio, já que não seria deixada às legislações nacionais, porventura discrepantes, a decisão deste ponto.

Note-se, como decorre do próprio texto do preceito, que a caducidade do direito de fazer oposição nos termos descritos apenas poderá verificar-se quando estiverem em causa regras supletivas, quer estas traduzam uma norma da presente Lei, quer correspondam a um dispositivo criado convencionalmente pelas partes; ou seja, o direito de arguir a violação de regras impera-

⁽⁵²⁾ Por exemplo, comparecendo a uma audiência ou dirigindo qualquer comunicação ao tribunal arbitral ou à outra parte (que não, evidentemente, a que traduza o direito de impugnação).

⁽⁵³⁾ Sobre este princípio vejam-se, por último, e entre nós, BAPTISTA MACHADO, *Tutela da confiança e venire contra factum proprium*, RLJ, 118, pp. 229 e ss. e MENEZES CORDEIRO, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, v. II, Coimbra, 1984, Almedina, pp. 742 e ss..

⁽⁵⁴⁾ Embora na discussão havida na Comissão sempre se tivesse tornado mais precisa a norma em análise, na medida em que se passou a exigir em todos os casos o conhecimento da infracção, pela parte titular do direito de oposição — não bastando, ao contrário do que sucedia com a norma correspondente do projecto, a sua cognoscibilidade. No que se vem, de resto, a seguir a solução consagrada no artigo 30º do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI.

tivas pode ser exercido a todo o tempo, para tutela dos interesses fundamentais que as ditaram, tutela que a qual se deve considerar subtraída à disponibilidade das partes ⁽⁵⁵⁾.

Em princípio, os efeitos decorrentes da renúncia ao direito de fazer oposição de que trata o presente artigo estendem-se para além dos limites do processo arbitral: eles projectam-se também nos processos judiciais interpostos em sede de anulação da sentença arbitral (artigo 34º da Lei-Modelo) e do seu reconhecimento em país diferente daquele em que foi proferida (artigo 36º da Lei-Modelo). Tenha-se presente, porém, que da discussão travada na Comissão resultou a ideia de que, nos casos assinalados, e na hipótese de o tribunal arbitral haver decidido que uma parte tinha decaído no seu direito de fazer oposição, o tribunal judicial poderia reexaminar o ponto, chegando a conclusões diferentes.

No nosso direito, não se encontra semelhante disposição, havendo porém de entender-se, à luz do princípio já enunciado e que também em sede de direito adjectivo há-de ter-se por consagrado, que a questão deve ser considerada em termos idênticos.

E) Intervenção dos tribunais judiciais no processo arbitral

20. O artigo 5º da Lei-Modelo prescreve que, no que tange às questões por ela reguladas ⁽⁵⁶⁾, a intervenção dos tribunais judiciais apenas pode verificar-se nos casos nela previstos. Trata-se de um preceito atinente à problemática global da interacção da arbitragem com o procedimento judicial, tendo assim em vista toda a intervenção dos órgãos judiciais neste campo, quer a título de controlo, quer de assistência.

⁽⁵⁵⁾ Vide, *infra*, nº 64.

⁽⁵⁶⁾ Não é assim objecto deste preceito o problema da intervenção dos tribunais judiciais na resolução das questões implicadas pela arbitragem mas não abrangidas pela presente Lei-Modelo. Note-se, porém, que se nalguns casos não será difícil identificar estas questões (incidências da imunidade dos Estados —, sobre este ponto confira PIERRE BOUREL, *Arbitrage international et immunités des Etats étrangers. A propos d'une jurisprudence récente*. Revue de l'Arbitrage, 1982, p. 119 e ss. —, relações contratuais entre as partes e os árbitros ou a instituição de arbitra-

O legislador uniforme optou aqui por uma via restritiva ⁽⁵⁷⁾, assim visando impedir o prolongamento desmesurado do procedimento arbitral em virtude de incidentes judiciais consecutivos e limitar ao mínimo a ingerência do poder judicial em questões que as partes quiseram expressamente subtrair à sua jurisdição.

Quanto às situações em que a própria Lei-Modelo prevê uma tal intervenção, são elas não só as que requerem uma actuação do tribunal previsto no artigo 6º e a que de seguida ⁽⁵⁸⁾ faremos referência, como ainda aquelas em que se verifica a actuação de outros órgãos jurisdicionais, seja a título de tribunal demandado (ou em acção versando sobre um litígio em relação ao qual existe uma convenção de arbitragem (artigo 8º) ou para decretar medidas cautelares (artigo 9º)). Seja a título de assistência para a obtenção de provas (artigo 27º), seja por último em sede de reconhecimento e execução de sentenças (artigos 35º e 36º).

No nosso direito, e apesar da ausência de uma norma semelhante à do artigo 5º da Lei-Modelo, cremos dever entender-se que o legislador partiu do mesmo princípio, aliás formulado ainda que de modo impreciso no preâmbulo do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho. Assim sendo, haverão de considerar-se taxativos os casos em que neste diploma se encontra prevista a intervenção dos tribunais judiciais: para além das hipóteses paralelas às mencionadas no artigo 6º da Lei -Modelo e a que no número seguinte faremos referência, prevê o nosso legislador a colaboração dos tribunais judiciais em termos de obtenção de provas (artigo 22º, números 2 e 3), em sede

gem, honorários e outras despesas, etc) já noutros a fronteira pode ser difícil de traçar. A este propósito queremos exemplificar com duas situações em que nos parece ser de sinal contrário a qualificação das questões nelas implicadas. É o caso, por um lado, do artigo 17, em que a questão da eventual execução das medidas provisórias aí referidas fica fora da previsão do preceito sendo, por conseguinte, uma questão “não regulada pela Lei-Modelo”; e é o caso, por outro, das disposições que, como o artigo 11º, parágrafo 2, deixam às partes a liberdade de resolver uma determinada questão: elas devem interpretar-se como implicando a submissão integral da questão a que se referem ao quadro da Lei-Modelo, com a consequente exclusão de toda e qualquer intervenção judicial.

⁽⁵⁷⁾ A quem entenda que se foi longe demais nesta via e invoque nesse sentido a própria configuração da actuação do poder judicial, tal como é concebida nas Constituições de alguns Estados, deve observar-se que, ao incorporar a Lei-Modelo, o Estado pode alargar, quanto o entenda necessário, o âmbito de intervenção dos tribunais judiciais no processo arbitral.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. *supra*, nº 21.

de decisão sobre a competência do tribunal arbitral (artigo 23, número 3), quanto à fixação do prazo para os árbitros emitirem a decisão (artigo 24º, número 3) e em matéria de execução da decisão arbitral (artigo 25º).

F) *Tribunal ou outra autoridade com funções de assistência e controlo no quadro da arbitragem*

21. O legislador uniforme entendeu útil e benéfica para a arbitragem comercial internacional a designação, por cada Estado que incorpore a Lei-Modelo, de uma instância (um ou mais tribunais ou outra autoridade competente) encarregada de desempenhar as funções de assistência e de controlo mencionadas em várias disposições da Lei-Modelo. Trata-se dos artigos 11º, parágrafo 3 (designação de árbitros na falta de convenção das partes), e parágrafo 4 (intervenção, em certas hipóteses, no processo de nomeação dos árbitros acordado pelas partes) 13º, parágrafo 3 (intervenção, a pedido de uma das partes, no processo de recusa de um árbitro), 14º (actuação em caso de desacordo entre as partes sobre a verificação ou não da falta ou impossibilidade de agir de um árbitro), 16º, parágrafo 3 (controlo de uma instância judiciária sobre a decisão do tribunal arbitral quanto à sua própria competência) e 34º, parágrafo 2 (anulação da sentença arbitral).

Nestes termos, o artigo 6º da Lei-Modelo obriga o Estado que a queira adoptar a proceder a uma tal indicação, que inclusivamente poderá recair, salvo certas hipóteses ⁽⁵⁹⁾, em instituições estranhas ao seu sistema judicial, por exemplo uma Câmara de Comércio ou uma instituição arbitral ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ Note-se que, nas hipóteses previstas nos artigos 16º, parágrafo 3, e 34º, parágrafo 2, apenas se atribui competência a um órgão judicial. Cfr. *infra*, nº 42 e nº 58.

⁽⁶⁰⁾ Poder-se-à dizer que a escolha deste tipo de instâncias, da qual há que esperar uma maior especialização na matéria, contribuirá para um mais eficaz funcionamento da arbitragem comercial internacional.

Será assim mais fácil às partes identificar o tribunal em causa e conhecer a sua jurisprudência. Isto, muito embora não se afaste por completo a insegurança sobre o ponto, já que, como vimos, podem ser designados vários tribunais para este efeito ou até uma categoria de tribunais (por exemplo, um tribunal de comércio).

A intervenção do tribunal assim designado nos casos acabados de referir apenas tem lugar, contudo, quando esteja em causa uma arbitragem com as características previstas na presente Lei-Modelo, ou seja, comercial, internacional (nos termos do parágrafo 3 do artigo 1º) e que decorra no Estado em cuja organização judiciária este tribunal se integre (parágrafo 2 do artigo 1º). A assistência a que se alude nos artigos 11º, 13º e 14º apenas tem assim lugar a partir do momento em que esteja já designado o local da arbitragem.

No estado actual do nosso direito, e quanto à arbitragem interna, as funções a cargo do tribunal indicado no artigo 6º da Lei-Modelo encontram-se repartidas entre o presidente do tribunal da relação do distrito judicial onde tem lugar a arbitragem — que é competente em matéria de nomeação e substituição de árbitros (artigos 7º, nº2, 9º nºs 1 e 2, 10, nºs 2 e 3 e 11º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho) e o tribunal judicial ⁽⁶¹⁾ — que é competente para a anulação da decisão arbitral (artigo 31º, nº 1, do mesmo diploma). É claro que não se segue daqui que deva ser necessariamente este o tribunal a designar para desempenhar as funções previstas no artigo 6º da Lei-Modelo, no caso de o nosso país vir a adoptar a respectiva regulamentação.

(61) O legislador não precisa qual o tribunal judicial competente. Cremos que deverá entender-se que se trata do tribunal de primeira instância com jurisdição sobre o local onde decorreu a arbitragem.

CAPÍTULO II

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

22. A propósito deste ponto basilar, o legislador uniforme trata duas questões. A primeira refere-se à definição e forma da convenção de arbitragem e é regulada no artigo 7º. Para além dos requisitos formais, não se alude neste preceito a quaisquer outras questões de validade da convenção de arbitragem. Este aspecto foi, no entanto, considerado pelo legislador uniforme que, nos termos dos artigos 34º, parágrafo 2, alínea a), I ⁽⁶²⁾ e 36º, parágrafo 1, alínea a), I ⁽⁶³⁾, deixa a matéria da validade da convenção arbitral dependente das soluções contidas na lei a que as partes submeteram essa convenção ou, na falta de uma tal designação, na lei do lugar da arbitragem. A segunda questão diz respeito à repercussão da existência da convenção de arbitragem, de um lado, sobre uma acção proposta num tribunal judicial relativa a matéria objecto dessa convenção e, do outro, sobre o pedido de medidas cautelares dirigido a um tribunal judicial — e vem tratada nos artigos 8º e 9º.

A) *Convenção de Arbitragem: definição e forma*

23. A definição de convenção de arbitragem consta do artigo 7º, parágrafo 1, da Lei-Modelo e reproduz, no essencial ⁽⁶⁴⁾, a norma do artigo 2º,

⁽⁶²⁾ Cfr. *infra*, nº 64.

⁽⁶³⁾ Cfr. *infra*, nº 70.

⁽⁶⁴⁾ Apenas se não reteve no texto actual o requisito segundo o qual o litígio a que se refere a convenção de arbitragem deve respeitar a uma questão susceptível de ser regulada por via de arbitragem. Não quer dizer isto, porém, que se tenha prescindido deste requisito para efeitos de considerar válida uma convenção de arbitragem. O que acontece é que a questão é objecto de tratamento a outro propósito. Veja-se, assim, o disposto no parágrafo 5 do artigo 1º e as considerações a esse respeito tecidas (*supra*, n.º 11), e ainda o disposto nos artigos 34º, § 2, alínea b), I) e 36º, § 1, alínea b), I), e o que sobre eles diremos *infra*, n.ºs 65 e 70.

parágrafo 1 da Convenção de Nova York de 1958 sobre o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras.

Por convenção arbitral entende-se assim aquela convenção pela qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios já suscitados ou que possam vir a surgir a propósito de uma relação jurídica determinada, contratual ou não contratual. Tal convenção pode assumir a forma de uma cláusula do próprio contrato ou ser objecto de uma convenção distinta.

Julgou-se necessário fazer a precisão constante da parte final do preceito do parágrafo 1, uma vez que legislações nacionais existem em que só é reconhecido o acordo arbitral constante de um documento separado do contrato ⁽⁶⁵⁾. Por outro lado, retira-se por igual da formulação legal que por convenção de arbitragem se deve entender tanto o *compromisso* (acordo visando a submissão à arbitragem de um litígio já existente e, por isso, bem concretizado) como a *cláusula compromissória* (que se apresenta vocacionada para a resolução de litígios futuros). Também aqui se tornava necessária uma referência directa a estas duas formas, dado o desfavor relativo com que é vista em vários direitos ⁽⁶⁶⁾ a cláusula compromissória. Deste modo, a expressão encontrada pelo legislador uniforme permite uma maior convergência de procedimentos nesta matéria.

Admite assim a Lei-Modelo o recurso à arbitragem sem dependência do carácter contratual da relação jurídica objecto do litígio, como pode acontecer, entre outros casos, em matéria de concorrência desleal e de violação de um direito absoluto, como por exemplo o direito à marca.

No nosso direito e no âmbito da arbitragem interna não encontramos uma definição de convenção de arbitragem. Porém, as duas categorias referidas e que se incluem naquela figura — o compromisso e a cláusula compromissória — são reconhecidas na nossa ordem jurídica nos artigos 1508º e 1513º do Código de Processo Civil ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ O que corresponde à forma primeira, em termos históricos, que assumiu a convenção de arbitragem. Assim, RENÉ DAVID, (n. 6), p. 233.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. o Autor e a obra citados na nota anterior, pp. 233/234.

⁽⁶⁷⁾ Uma vez que a nova regulamentação neste domínio (Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho) se não refere a este ponto nem, por outro lado, revoga expressamente estes preceitos, há-de entender-se que as normas aí contidas se mantêm em vigor.

Quanto à arbitragem internacional, há que ter em conta o artigo 1º do Protocolo de Genève de 1923 relativo às cláusulas de arbitragem, que dá uma noção de convenção de arbitragem que engloba expressamente o compromisso e a cláusula compromissória. Note-se contudo que, para além de vigorar apenas no âmbito das relações entre partes submetidas à jurisdição de Estados signatários deste Protocolo, esta norma somente refere os litígios emergentes de relações de carácter contratual — ao contrário do que sucede com as regras de arbitragem interna que não fazem tal restrição: artigo 1º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho.

24. A questão dos requisitos formais a que deve obedecer a convenção de arbitragem vem regulada no parágrafo 2 do artigo 7º. Segundo este preceito, a convenção de arbitragem deve revestir sempre a forma escrita. Por forma escrita entende-se não só um documento assinado por ambas as partes, como ainda: uma troca de cartas, *telex*, telegramas ou qualquer outro meio de telecomunicações que ateste a existência da convenção; a troca de articulados num processo arbitral onde tal convenção seja mencionada por uma das partes e não seja contestada pela outra; a referência num contrato a um documento que contenha uma cláusula compromissória, contanto que esse contrato revista a forma escrita e a referência seja formulada em termos tais que se possa considerar a cláusula como parte integrante do contrato.

A exigência de forma escrita levou a afastar a possibilidade de considerar como convenção de arbitragem um qualquer acordo cuja forma, não sendo escrita, correspondesse no entanto àquela que os usos tivessem consagrado no ramo de comércio considerado e de que as partes tivessem ou devessem ter conhecimento — possibilidade que, admitida já no artigo 17º da versão de 1978 da Convenção de Bruxelas de 1968 sobre a competência judiciária e o reconhecimento de sentenças em matéria civil e comercial, fora proposta na discussão travada na Comissão.

No entanto, como o demonstra a enumeração acima feita, é grande a diversidade dos meios de prova escrita da existência de uma convenção de arbitragem. Para além dos documentos escritos tradicionalmente admitidos (documentos assinados pelas partes, cartas e telegramas) e já previstos, a este propósito, no artigo 2º, número 2, da Convenção de Nova York de 1958, acrescenta-se agora a referência a todos os modernos meios de telecomunicações que possibilitam um registo escrito. Aditou-se, além disso, a referência a

duas outras situações, com o objectivo de alargar ainda mais o conceito de forma escrita, neste domínio. Na primeira, dá-se relevância ao facto de, em peças escritas de um processo arbitral já iniciado, as partes terem admitido tacitamente a existência de uma convenção de arbitragem. Na segunda, torna-se claro algo que, segundo nos parece, sempre haveria de ser admitido: vale como convenção de arbitragem e referência num contrato escrito a um documento que incorpore uma cláusula compromissória, quando outro não deva ser o sentido dessa referência. Está nesse caso, por exemplo, a remissão que se faça em determinado contrato para certas *condições-gerais* elaboradas por uma organização profissional das quais, evidentemente, conste uma cláusula compromissória.

No nosso direito encontramos por igual a exigência da forma escrita para a convenção de arbitragem. Acresce porém que o legislador é muito mais rigoroso do que o legislador uniforme, ao exigir que a convenção de arbitragem seja reduzida a escrito assinado pelas partes (artigo 2º, nº 1 do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho). Na arbitragem internacional, a solução virá a ser a mesma, já que o silêncio do Protocolo de Genève de 1923 a este propósito deverá ser interpretado como deixando a resolução da questão às legislações nacionais.

B) *Influência da existência da convenção de arbitragem sobre certos procedimentos judiciais*

25. O artigo 8º da Lei-Modelo consagra um efeito negativo da existência de uma convenção de arbitragem, cuja previsão normativa se apresenta de grande importância. Na verdade, tendo sido celebrada uma convenção de arbitragem cujo efeito é precisamente o de subtrair certos litígios à jurisdição comum de um Estado, tem que haver meios de paralisar a actuação dos tribunais judiciais neste domínio, se alguma das partes, inobservando aquela convenção, a eles recorrer.

A isso vem precisamente a norma do parágrafo 1 do artigo 8º da Lei-Modelo, segundo a qual o tribunal demandado para a resolução de uma questão que é objecto de uma convenção de arbitragem remeterá as partes para a arbitragem, desde que uma delas, requeira o mais tardar quando apresentar as suas primeiras alegações quanto ao fundo do litígio; isto, a menos

que o tribunal constate que a referida convenção se tornou caduca, inoperante ou insusceptível de ser executada.

Este preceito inspira-se directamente no artigo 2º, parágrafo 3, da Convenção de Nova York de 1958, apenas se limitando agora no tempo a obrigação do tribunal judicial demandado reenviar as partes à arbitragem: com efeito, tal obrigação só existe se esta excepção for levantada até ao momento em que a parte que a invoca apresenta as suas primeiras alegações quanto ao fundo do litígio. A solução justifica-se na medida em que nada legítima que, a partir de tal momento, se ponham entraves desta ordem ao decurso dos procedimentos judiciais (68).

Dispõe ainda este artigo 8º, no seu parágrafo 2, que a propositura da acção judicial não impede que, enquanto o tribunal judicial não decidir, se inicie (69) ou prossiga o processo arbitral, ou que venha mesmo a ser pronunciada uma sentença nesse processo. Fica assim claro um entendimento que não era líquido à face da Convenção de Nova York de 1958 (omissa a este propósito). Tal entendimento, que permite ao tribunal arbitral decidir do recebimento ou da suspensão do processo arbitral, deixa-lhe as mãos livres para julgar da consistência e da razoabilidade dos motivos que terão levado uma das partes a recorrer ao tribunal judicial — assim se limitando o risco e as consequências das manobras dilatórias de qualquer dos contraentes que não queira honrar a sua vinculação à convenção de arbitragem.

Saliente-se ainda que, como já vimos (70), as normas do artigo 8º pertencem àquela categoria de disposições que, nos termos do parágrafo 2 do artigo 1º, devem ser sempre aplicadas pelo Estado que incorpora a Lei-Modelo a toda e qualquer arbitragem comercial internacional, isto é, independentemente de saber se essa arbitragem tem lugar ou não no seu próprio território (71). O legislador visou assim proteger o mais possível o mecanismo da arbi-

(68) Ao contrário do que acontece com a Convenção Europeia sobre a arbitragem comercial internacional, assinada em Geneve em 1961, nos termos da qual (artigo 6º, parágrafo 3) o tribunal judicial demandado após o início do processo arbitral deve suspender sempre a instância, salvo motivos graves, enquanto o tribunal arbitral não decidir.

(69) Com esta formulação se desfazem as dúvidas que poderiam suscitar-se perante o teor do preceito correspondente do projecto que apenas referia tal possibilidade em relação aos processos arbitrais já iniciados.

(70) *Supra*, nº 10.

(71) Como também vimos (*loc. cit.*, na nota anterior) este constitui, igualmente, para a generalidade das suas disposições, um dos requisitos de aplicabilidade da Lei-Modelo.

tragem (mesmo quando ele não esteja sujeito à presente Lei), regulando certos aspectos da concorrência de competências entre a jurisdição comum e a jurisdição arbitral de maneira a salvaguardar sempre que possível ⁽⁷²⁾ a competência desta última. Facilmente se vê que não são aqui desacautelados quaisquer interesses legítimos com a não exigência, para a aplicabilidade da Lei-Modelo, da localização da arbitragem no território do Estado que incorpora aquela Lei e cujos tribunais são demandados.

Face ao nosso direito, não há dúvida que os tribunais judiciais são incompetentes para apreciar qualquer pedido que diga respeito a questões que sejam objecto de uma convenção de arbitragem. Na verdade, é consignada como excepção dilatória a preterição do tribunal arbitral por qualquer das partes que se tenha vinculado a recorrer à arbitragem — artigo 494º, nº 1, alínea h), do Código de Processo Civil. Excepção que, como na Lei-Modelo, tem de ser invocada pela parte interessada (artigo 495º do Código de Processo Civil, por interpretação *a contrario*), devendo ser deduzida na contestação (artigo 489º do mesmo diploma) ou, o mais tardar, e nos termos gerais, até ao despacho saneador, pois é este o momento em que o juiz decide da procedência das excepções que podem levar à absolvição da instância (artigo 510º, nº 1, alínea a), do Código de Processo Civil).

Em particular no que se reporta ao Protocolo de Génève de 1923, há a salientar que, nos termos do seu artigo 4º, existe a obrigatoriedade, para os Tribunais dos Estados contratantes, de remeter as partes para o julgamento arbitral, quando forem demandados para resolver uma questão objecto de uma convenção de arbitragem válida nos termos do artigo 1º do mesmo Protocolo. Tal obrigação cessa, porém, quando, “por qualquer motivo, o compromisso, a cláusula compromissória ou a arbitragem caducarem ou não produzirem efeito”.

Uma palavra, por último, para referir o caso em que as partes acordam em recorrer à arbitragem no decurso de um processo judicial com o mesmo objecto, já instaurado. Esta situação é expressamente prevista e admitida pelo nosso legislador no artigo 290º do Código de Processo Civil ⁽⁷³⁾. Embora de

(72) De facto, o processo arbitral só será travado, como vimos, se o tribunal judicial demandado constatar que a convenção de arbitragem caducou, é inoperante ou é insusceptível de ser executada.

(73) Uma situação deste tipo surgiu recentemente nos nossos tribunais, tendo sido resolvida, de acordo com o preceito referido, no sentido da validade e eficácia do compromisso arbitral,

mais difícil verificação, cremos que também no domínio do comércio internacional se poderá figurar semelhante hipótese. No silêncio da Lei-Modelo, o ponto é solucionado pelas ordens jurídicas nacionais; deve advertir-se a este propósito que a solução do nosso direito nos parece correcta e conforme à linha geral daquela Lei, que é no sentido de potenciar ao máximo o recurso à arbitragem.

26. Ainda segundo um outro ângulo é vista na Lei-Modelo a relação entre a convenção de arbitragem e o procedimento judicial. Trata-se agora de prescrever, e é esse o escopo da norma do artigo 9º, a compatibilidade da convenção de arbitragem com o pedido e concessão, antes ou depois de iniciado o processo arbitral, de medidas cautelares ⁽⁷⁴⁾ por um tribunal judicial.

O preceito visa assim, pois, frisar tão somente essa compatibilidade ⁽⁷⁵⁾, que as mais das vezes serve os próprios interesses que as partes quiseram acautelar com o recurso à arbitragem. Não é seu objectivo esclarecer quais as medidas que em cada caso podem ser outorgadas, ponto este cuja solução há-de buscar-se no quadro de cada legislação interna. Parece, no entanto, que deverá entender-se que um tribunal não poderá decretar quaisquer medidas que retirem sentido à execução da convenção de arbitragem.

O artigo 9º não deve porém ser interpretado em termos de afastar a possibilidade de as partes na convenção de arbitragem excluírem o recurso aos tribunais judiciais, com o fim de obter a concessão de tais medidas. Um tal acordo, todavia, valerá apenas *inter partes*, conservando o tribunal *a quo* a liberdade para decidir, no quadro da sua ordem jurídica, se há-de ou não receber o pedido ou conceder tais medidas.

À semelhança do que vimos suceder com o artigo anterior, também a disposição do artigo 9º deverá ser sempre observada, pelo Estado que

com o consequente termo do processo judicial. Trata-se do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Fevereiro de 1984 (B.M.J. n.º 334 — Março de 1984 — pp. 419 e ss.), em que se afirma nomeadamente, que a decisão dos árbitros terá o valor de sentença, não havendo por isso lugar a homologação judicial que, a existir, seria nula.

⁽⁷⁴⁾ Note-se que também o tribunal arbitral pode decretar medidas cautelares nos termos do artigo 17º da Lei-Modelo. Sobre este preceito, cfr. *infra*, n.º 43.

⁽⁷⁵⁾ Discutível, ao que parece, em alguns sistemas judiciais.

incorpore a Lei-Modelo em relação a qualquer arbitragem comercial internacional, quer esta tenha lugar ou não no seu território (artigo 1º, parágrafo 2). As razões desta solução são análogas àquelas que fundamentam igual regime no âmbito do artigo 8º: também aqui se trata de matéria estranha ao processo arbitral em si mesmo considerado e daí que não haja razão para não estender quanto possível a aplicação do preceito que, como vimos, favorecerá normalmente o mecanismo da arbitragem.

Também o nosso direito contém uma norma consagrando o princípio da compatibilidade entre a convenção de arbitragem e o requerimento de qualquer procedimento cautelar dirigido ao tribunal (artigo 5º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho). A formulação encontrada pelo nosso legislador não nos parece contudo a mais feliz ⁽⁷⁶⁾, por não esclarecer se se trata apenas de proclamar a conformidade, com a convenção arbitral, do recurso ao tribunal judicial para efeitos de obtenção de um procedimento cautelar, ou se se pretende proibir de todo às partes que excluam (ainda que com eficácia meramente interna), na convenção, a possibilidade de um tal recurso.

(76) Diz este preceito: “Não implica renúncia à convenção de arbitragem o requerimento de qualquer procedimento cautelar dirigido ao tribunal judicial”.

CAPÍTULO III

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

27. Os artigos 10º a 15º da Lei-Modelo versam sobre a composição do tribunal arbitral, referindo-se, a propósito, ao número de árbitros que o compõem (artigo 10º), ao processo da respectiva nomeação (artigo 11º), recusa (artigos 12º e 13º), falta ou incapacidade (artigo 14º, e substituição (artigo 15º).

A) Número de árbitros

28. A decisão sobre o número de árbitros é confiada, no parágrafo 1 do artigo 10º da Lei-Modelo, às partes, que dispõem a este propósito de toda a liberdade. É a elas que caberá na realidade ajuizar, vista a maior ou menor complexidade das questões a decidir, da composição óptima do órgão arbitral, entendendo-se que nenhum outro interesse é merecedor de tutela nesta sede (77). Esta liberdade das partes comporta a possibilidade, que vimos decorrer já do artigo 2º, alínea d) (78), de o número de árbitros vir a ser fixado por um terceiro, para tanto autorizado pelas partes.

O legislador uniforme tem porém o cuidado de, numa norma supletiva, fixar o número de árbitros que deverão constituir o tribunal arbitral na hipótese de as partes o não haverem feito. Desta forma se evitarão atrasos ou para-

(77) É assim sacrificado, nos Estados que incorporem a Lei-Modelo, o interesse que está na base da exigência de um número ímpar de árbitros.

(78) Cfr. *supra*, nº 16.

lisações do processo arbitral. O parágrafo 2 do artigo 10º indica o número de três pelo simples facto de ser este o mais comumente escolhido na prática da arbitragem comercial internacional.

Entre nós, também dispõem as partes da liberdade de fixar o número de árbitros que em seu entender será o mais adequado (artigo 6º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho), acentuando o legislador que o tribunal pode funcionar, quer com um árbitro único, quer com um número par de árbitros; neste caso, proceder-se-á à nomeação de um árbitro suplementar, se for necessária a sua intervenção (artigo 6º, nº 2). Não existindo acordo das partes quanto a este ponto, o legislador fixou igualmente em três o número de membros do tribunal arbitral (artigo 6º, nº 3).

B) Processo de nomeação dos árbitros

29. A matéria da nomeação dos árbitros vem regulada no artigo 11º da Lei-Modelo.

No parágrafo 1 deste artigo quis o legislador enunciar um princípio de não discriminação fundada sobre a nacionalidade, prescrevendo que, a menos que as partes convenham no contrário, ninguém pode ser impedido, em razão da nacionalidade, de exercer as funções de árbitro. Com este preceito visa-se afastar a vigência das regras, contidas em algumas legislações estaduais, que reservam aos nacionais o exercício da função arbitral. É claro que, se porventura algum Estado entender que é do seu interesse não aceitar este princípio, e uma vez que estamos perante uma Lei-Modelo e não uma Convenção ⁽⁷⁹⁾, deverá, ao incorporar a Lei, fazer as adaptações a este propósito tidas por necessárias.

Entre nós, e até à entrada em vigor do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, o legislador exigia que os árbitros possuissem a cidadania portuguesa (artigo 1514, nº 1, do Código de Processo Civil). Esta restrição não aparece porém em qualquer preceito daquele diploma pelo que, devendo a matéria da nomeação dos árbitros considerar-se regulada neste Decreto-Lei, há-de ter-se por revogada em bloco a regulamentação correspondente contida no Código de Processo Civil, aí incluída a disposição já referida.

(79) Para as diferenças entre estes dois modelos de uniformização legislativa internacional, cfr. *supra*, a Introdução, nº 4.

30. O princípio geral que em matéria de nomeação dos árbitros preside à legislação uniforme é o da liberdade das partes e está contido no parágrafo 2 do artigo 11º: as partes são livres de convencionar o processo de nomeação do ou dos árbitros, sem prejuízo no entanto das disposições dos parágrafos 4 e 5 do mesmo artigo. Esta liberdade deve ser entendida de modo a abarcar as modalidades de nomeação dos árbitros que, aplicando as directivas gerais de interpretação constantes das alíneas d) e e) do artigo 2º ⁽⁸⁰⁾, se possam conjecturar a este propósito.

À face do nosso direito, também se pode afirmar que vigora na matéria o princípio da autonomia da vontade, claramente expresso no artigo 7º, nº 1, do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, onde se precisa até que a liberdade que aqui é dada às partes compreende a possibilidade de confiar a terceiros a designação dos árbitros. E, ainda à semelhança do que acontece na Lei-Modelo, também o nosso legislador previu certas hipóteses em que, tendo as partes escolhido embora o processo de nomeação de árbitros, tal processo se encontra entravado por inércia ou desacordo das partes ou dos árbitros — em tais hipóteses prescrevendo, nos artigos 9º e 10º do referido diploma, a intervenção dos tribunais.

Saliente-se, porém, contudo que a nossa lei enuncia expressamente um importante limite à liberdade das partes neste domínio, na medida em que declara nula (artigo 4º do citado diploma) a convenção de arbitragem que confira a uma das partes qualquer situação de privilégio relativamente à nomeação dos árbitros. A Lei-Modelo não formula tal limite, devendo contudo entender-se ⁽⁸¹⁾ que, sendo esta uma solução admitida universalmente, mesmo na falta de disposição expressa, também à face daquela Lei ela se há-de ter por consagrada, por aplicação do princípio da igualdade das partes formulado no artigo 18º ⁽⁸²⁾.

31. Suposto que as partes, usando a liberdade que lhes vimos ser conferida pelo legislador, chegaram a acordo quanto à nomeação dos árbitros, nem por isso há garantia de que esse processo se desenrole sem contratempos. Pois

⁽⁸⁰⁾ Cfr. *supra*, nº 16.

⁽⁸¹⁾ Cfr. RENÉ DAVID, (n.6), p. 319.

⁽⁸²⁾ Cfr. *infra*, nº 45.

pode designadamente acontecer que, ou uma das partes não actue consoante com o processo pactuado, ou as partes ou dois árbitros não cheguem a um acordo necessário nos termos do dito processo, ou finalmente, que um terceiro (ou uma instituição), a quem foram cometidas certas funções nesse quadro, as não cumpra. Precisamente para tais casos — tidos como de mais provável verificação e, por isso, enumerados nas alíneas a) a c) do parágrafo 4 do artigo 11º — dispõe a Lei-Modelo, na parte final deste último parágrafo, que qualquer das partes pode pedir ao Tribunal ou a outra autoridade prevista no artigo 6º ⁽⁸³⁾ que tome a medida em falta, a menos que a convenção respeitante ao processo de nomeação de árbitros estipule para esse efeito outros meios.

Com tal medida se visa obviamente impedir que o processo se alongue em demasia ou seja mesmo entravado.

Em ordem a obter o mesmo desiderato, o nosso legislador, considerando situações análogas às previstas pelo legislador uniforme, prescreveu, nos artigos 9º e 10º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, um modo de pôr termo ao impasse — a autoridade a que as partes devem recorrer para solicitar a nomeação do árbitro ou árbitros nestas circunstâncias é o presidente do tribunal da relação do distrito judicial respectivo.

32. Na ausência de convenção das partes, o legislador uniforme prevê um processo supletivo de nomeação dos árbitros no parágrafo 3 do artigo 11º — pretendeu-se assim tornar claro que a lacuna da convenção de arbitragem representada pela falta de previsão de regras sobre o processo de nomeação dos árbitros não é insuprível. Aí se prevêem duas hipóteses, que foram consideradas como paradigmas, por serem as de mais frequente verificação na prática: o caso de o tribunal ter três árbitros ⁽⁸⁴⁾ — seja este número acordado pelas partes, ou resulte ele da aplicação do critério supletivo do artigo 10º, parágrafo 2 — e o caso do árbitro único.

Na primeira situação, cada parte nomeará um árbitro e os dois árbitros nomeados escolherão o terceiro; se uma parte não nomear um árbitro no

⁽⁸³⁾ Cfr. *supra*, nº 21.

⁽⁸⁴⁾ As regras previstas a este propósito aplicam-se, é evidente, sempre que o tribunal deva ser formado por qualquer número ímpar de elementos. Se as partes houverem convencionado um número par, utilizar-se-á a parte aplicável do critério aqui retido: a observância do princípio da igualdade das partes.

prazo de trinta dias contados a partir da recepção de um pedido que a outra parte lhe faça para esse fim, ou se os dois árbitros não chegarem a acordo sobre a escolha do terceiro no prazo de trinta dias a contar da respectiva designação, a nomeação é efectuada a pedido de uma das partes pelo Tribunal ou outra entidade prevista no artigo 6º (85).

Tratando-se de um árbitro único, e se as partes não se puserem de acordo sobre a sua escolha, este é nomeado a pedido de uma das partes pelo tribunal ou outra autoridade prevista do artigo 6º. Ao contrário do que se verifica na hipótese anterior, o legislador uniforme não fixou aqui nenhum prazo: compreende-se esta atitude se se tiver em conta que, no caso de árbitro único a ser escolhido por ambas as partes, o simples facto de uma delas se dirigir ao tribunal para que este proceda à sua nomeação demonstra a inutilidade de fixação de qualquer prazo tendente a permitir o referido acordo, que assim se tem por inviável.

Entre nós, o legislador fixou também um critério supletivo de designação de árbitros, na falta de convenção das partes a este propósito: nos termos do número 2 do artigo 7º do Decreto-Lei já referido, cada uma das partes indicará um ou mais árbitros, em número igual, cabendo a designação do árbitro em falta ao presidente do tribunal da relação do respectivo distrito judicial. A falta de designação, pelas partes ou por um terceiro, de qualquer dos árbitros, dentro de um mês contado a partir da notificação a que se refere o artigo 8º (86), será suprida também por aquela entidade, nos termos do artigo 9º.

33. O último parágrafo (o 5º) do artigo 11º contém duas normas. De acordo com a primeira, a nomeação de um árbitro feita por um tribunal, nos termos dos parágrafos 3 e 4 desse mesmo artigo, é definitiva — o que se justifica, por um lado, pela necessidade de constituir o mais rapidamente possível o tribunal arbitral, e por outro pelo facto de a função, aqui desempenhada pelo tribunal revestir natureza administrativa. Terão sido por certo razões desta ordem que levaram também o nosso legislador a prescrever, no número 3 do artigo 10º do Decreto-Lei citado, que as designações de árbitros feitas pelo juiz do tribunal da relação não são susceptível de impugnação.

(85) Cfr. *supra*, nº 21.

(86) Trata-se da notificação, feita por carta registada com aviso de recepção, de que uma parte instaurou o litígio no tribunal arbitral.

Na segunda parte deste parágrafo 5 enuncia-se uma série de directivas que devem ser observadas pelo tribunal judicial quando proceda à designação de árbitros. Assim, deverá ele ter em conta todas as qualificações que, de acordo com a convenção das partes, são requeridas para o árbitro; deverá atender a qualquer elemento susceptível de garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial; e, se se tratar da nomeação de um árbitro único ou de um terceiro árbitro, deve atentar em que poderá ser desejável nomear um árbitro de nacionalidade diferente da das partes. Tais directivas tendem, por um lado, a garantir o respeito da vontade das partes, por outro, a obviar tanto quanto possível a um procedimento de recusa de árbitros nos termos dos artigos seguintes e, por outro ainda, a garantir a observância do princípio da igualdade das partes.

Apesar do silêncio da nossa lei a este respeito, estas directivas, dada a justificação oferecida, deverão por igual ser tidas em conta entre nós pelo juiz do tribunal da relação, ao desempenhar as funções que lhe são cometidas neste domínio.

C) Recusa dos árbitros

34. Os motivos de reserva de um árbitro vêm enumerados no artigo 12º da Lei-Modelo.

De acordo com o parágrafo 2 deste artigo, um árbitro apenas pode ser recusado, ou porque existem circunstâncias de natureza tal que permitem que se levantem dúvidas legítimas ⁽⁸⁷⁾ sobre a sua imparcialidade ou independência, ou porque ele não possui as qualificações requeridas pelas partes ⁽⁸⁸⁾.

Trata-se assim dos únicos fundamentos de recusa de um árbitro. Se, pois, um Estado, ao incorporar a Lei-Modelo, não levar a cabo qualquer alteração

⁽⁸⁷⁾ Fundadas, por exemplo, na nacionalidade do árbitro.

⁽⁸⁸⁾ Este último fundamento não constava do projecto respectivo nem aparece no preceito paralelo do artigo 10º, parágrafo 1, do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI. Note-se, contudo, que, em obediência ao princípio da autonomia da vontade das partes, consagrado sem entraves neste domínio, sempre ele devia ser configurado como motivo de recusa de um árbitro, mesmo na ausência de enunciação legal expressa.

a este propósito, deixará de ser possível invocar, nas arbitragens aí levadas a efeito, outras causas de recusa, que porventura possam constar, na actualidade, da sua legislação interna.

No parágrafo 1 do artigo 12º impõe-se a qualquer pessoa indigitada para uma eventual nomeação como árbitro a obrigação de assinalar toda e qualquer circunstância que seja de molde a suscitar dúvidas legítimas sobre a sua imparcialidade ou a sua independência. Esta mesma obrigação recai, permanecendo durante o decurso de todo o processo arbitral, sobre o árbitro já nomeado, que deve sem demora assinalar às partes as referidas circunstâncias, se não o tiver feito antes.

A imposição de um tal dever, sobretudo na fase de pré-nomeação, permite, por um lado, evitar futuros procedimentos de recusa que poderiam contribuir para o arrastamento do processo arbitral, e por outro, contribuir para que as partes possam ajuizar mais facilmente da pessoa do árbitro, a fim de fazer uso da faculdade prevista no parágrafo 2 do mesmo artigo.

Na parte final do parágrafo 2 do artigo 12º, o legislador formula uma aplicação do princípio geral da proibição do *venire contra factum proprium*, ao dispor que uma parte não pode recusar o árbitro que tenha nomeado, ou em cuja nomeação tenha participado ⁽⁸⁹⁾, a não ser por uma causa de que só teve conhecimento após a nomeação.

O nosso legislador começa por enunciar, em termos positivos, no número 1 do artigo 13º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, os requisitos de ordem geral que devem ocorrer para que alguém possa ser nomeado como árbitro, ao prescrever que se há-de tratar de “pessoa plenamente capaz e de reconhecida idoneidade”; para dispor depois, no número 2 do mesmo artigo, que os árbitros podem ser recusados pelas mesmas causas que os juízes. Deste modo, se Portugal vier a incorporar a Lei-Modelo e a amplitude destas causas sobrelevar a dos motivos que vimos ser consagrados nesta Lei, aquelas que não puderem ser reconduzidas a estes últimos deixarão de poder ser invocadas numa arbitragem comercial internacional sujeita à Lei-Modelo.

⁽⁸⁹⁾ Aqui pode estar abrangido o caso em que as partes nomeiam em conjunto um árbitro ou mesmo aquele em que elas participem de um modo menos directo na nomeação, como o previsto no quadro do sistema de listas considerado no artigo 6º, parágrafo 3, do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI.

Encontramos por igual na nossa lei a aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* a que há pouco fizémos alusão (número 3 do citado artigo 13º), na medida em que as partes não podem recusar os árbitros por si nomeados, salvo causa superveniente de falta de idoneidade.

Contempla-se ainda expressadamente, no número 4 do artigo 13º, a possibilidade de as partes, na convenção de arbitragem, excluírem das funções de árbitro certas categorias de pessoas, disposição que em boa verdade seria dispensável por mais não representar que uma aplicação do princípio da autonomia das partes.

Por último, a nossa lei refere-se no artigo 14º do mesmo diploma à possibilidade de o árbitro recusar a sua nomeação (número 1, 1ª parte), acrescentando porém, no número 2, que se considera aceite o encargo sempre que a actuação da pessoa designada revele a intenção de agir como árbitro ou ela não recuse, por escrito dirigido a qualquer das partes, a designação efectuada dentro de dez dias subsequentes à comunicação da designação. A nossa lei regula assim os termos do chamado *receptum arbitri* ⁽⁹⁰⁾, cuja ocorrência é indispensável para que se possa considerar que um árbitro se encontra investido nas suas funções e a que o legislador uniforme não se refere expressamente. O ponto é deste modo relegado para o domínio das legislações nacionais.

35. O processo de recusa dos árbitros, com base nos motivos elencados no parágrafo 2 do artigo 12º, é objecto do artigo 13º da Lei-Modelo.

Nos termos do parágrafo 1 deste artigo, a liberdade das partes na modelação do referido processo apenas encontra limite na disposição do parágrafo 3 do mesmo artigo, que consagra em certos casos a possibilidade de recurso ao tribunal ou autoridade prevista no artigo 6º ⁽⁹¹⁾. O controlo judicial aqui previsto apresenta-se, porém, em termos equilibrados, não abrindo a porta ao desencadear sucessivo de manobras dilatórias das partes.

Se as partes não acordarem no processo a seguir em caso de recusa de um árbitro, dever-se-á observar o disposto no parágrafo 2 do artigo 13º, nos

⁽⁹⁰⁾ A este propósito, cfr. RENÉ DAVID (n.6), p. 338.

⁽⁹¹⁾ Cfr. *supra*, nº 21.

termos do qual a parte que tem intenção de recusar um árbitro deverá expor por escrito os motivos da recusa ao tribunal arbitral, num prazo de quinze dias a contar da data em que teve conhecimento da constituição do tribunal arbitral ou dos motivos de recusa previstos no parágrafo 2 do artigo 12º. Se o árbitro recusado ou a outra parte não aceitarem a impugnação da nomeação, o tribunal arbitral decidirá sobre ela. Esta decisão não terá lugar em caso de árbitro único, pois neste caso ela deverá considerar-se como tomada no sentido contrário à impugnação sempre que, após esta, o árbitro não dê por findas as suas funções. Em todos os outros casos o árbitro recusado tomará parte nessa decisão.

Quando a recusa do árbitro não tiver sido possível, (seja porque o árbitro é único, seja porque uma das partes não se conforma com a decisão do tribunal arbitral proferida nos termos acabados de referir, seja ainda porque não foi possível obter a recusa de acordo com o processo convencionado pelas partes), a parte que pretenda recusar um árbitro pode ainda, no prazo de 30 dias após ter tido comunicação da decisão que rejeita a recusa, pedir ao tribunal ou outra autoridade visada no artigo 6º que tome uma decisão sobre a recusa. Esta decisão é insusceptível de recurso. Isto mesmo dispõe o parágrafo 3 do artigo 13º da Lei-Modelo, que acrescenta ainda que enquanto não for proferida esta decisão, o tribunal arbitral, composto também pelo árbitro recusado, pode prosseguir o processo arbitral e pronunciar mesmo uma sentença.

Esta norma, como dissemos, reveste-se de natureza imperativa, na medida em que o seu comando não pode ser afastado pela vontade das partes, ainda mesmo quando elas tenham previsto um processo próprio a este respeito ⁽⁹²⁾. Quis garantir-se, em qualquer circunstância, a possibilidade de as partes recorrerem ao tribunal ou outra autoridade prevista no artigo 6º, mas, por outro lado, teve-se o cuidado de evitar que esta intervenção judicial pudesse traduzir-se numa manobra dilatatória: para tanto, além de o prazo de recurso ser relativamente curto, prescreve-se que a decisão é definitiva e que a interposição do recurso não impede o tribunal arbitral (aí incluído o árbitro recusado) de prosseguir com o processo arbitral e nele proferir uma sentença.

⁽⁹²⁾ De modo diferente se passam as coisas, como vimos (*supra*, n.º 31) no parágrafo 4 do artigo 11º, quanto à nomeação dos árbitros, em que a estipulação pelas partes de um meio destinado a assegurar tal nomeação, nas hipóteses referidas nessa disposição, implica a exclusão do recurso ao tribunal ou outra autoridade prevista no artigo 6º.

No nosso direito não está previsto nada a este propósito, tratando-se portanto de uma lacuna, a preencher nos termos gerais. Haverá que atender então ao espírito geral com que a lei configura o instituto da arbitragem o que pelo teor geral da regulamentação criada pelo Decreto-Lei n° 243/84, de 17 de Julho, nos permite concluir que as partes deverão ter plena autonomia neste domínio. Na hipótese de nada ter sido previsto pelas partes, quer-nos parecer que a questão deverá ser submetida ao tribunal arbitral que a decidirá em definitivo. Somos conduzidos a esta conclusão por duas razões fundamentais: a primeira, a que já tivemos ocasião de aludir ⁽⁹³⁾, tem a ver com o facto de o nosso legislador ter configurado a arbitragem como uma jurisdição totalmente autónoma da jurisdição comum, só havendo lugar a intervenção judicial quando ele expressamente o prever; a segunda resulta de, face à diferente natureza que assume a função exercida pela autoridade judicial, nos casos em que se encontra prevista ⁽⁹⁴⁾, não estarmos autorizados a recorrer aqui à analogia. Dificuldades apenas se podem pôr quando se trata de um árbitro único: em tal caso, entendemos que o árbitro, se não se conformar com a recusa, perde o mandato, havendo que proceder à sua substituição nos termos gerais ⁽⁹⁵⁾.

D) Alguns casos de cessação do mandato dos árbitros

36. O artigo 14° da Lei-Modelo trata de alguns casos em que o árbitro, voluntária ou coercivamente, vê terminadas as suas funções. De acordo com a disposição do no seu parágrafo 1, quando um árbitro se encontrar impossibilitado, de direito ou de facto, de cumprir as suas funções ou, por qualquer outra razão, deixar de as desempenhar num prazo razoável, cessa o seu mandato se ele se retira ou se as partes concordam em pôr fim a tal mandato. Na hipótese de desacordo sobre um destes motivos, qualquer das partes poderá pedir ao tribunal ou a outra autoridade visada no artigo 6° ⁽⁹⁶⁾ que tome uma decisão, que será irrecorrível, sobre a cessação do mandato.

⁽⁹³⁾ Cfr. *supra*, n° 20.

⁽⁹⁴⁾ Vejam-se as situações referidas *supra*, no n° 20.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. *infra*, n° 37.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. *supra*, n° 21.

Os motivos retidos para a cessação do mandato⁽⁹⁷⁾ reconduzem-se, ao cabo e ao resto, à inacção comprovada do árbitro que, em tempo razoável, não exerce (designadamente por incapacidade), as suas funções. É, pois, natural que se assegure a resolução do litígio, pondo-se fim ao mandato do árbitro em questão, de modo a permitir o desenrolar subsequente da arbitragem. Verificado aquele condicionalismo, e se o árbitro não tomar a decisão de se demitir, as partes estão legitimadas para pôr fim ao seu mandato ou, se não chegarem a acordo sobre a verificação dos necessários pressupostos, a recorrer ao tribunal ou a outra autoridade prevista no artigo 6º para que este tome uma decisão, que será definitiva, sobre o assunto.

No parágrafo 2 do artigo 14º estipula-se que se, nos casos previstos nos artigos 13º, parágrafo 2, e 14º, parágrafo 1, um árbitro se demitir ou uma parte aceitar que o mandato do árbitro termine, isso não implica o reconhecimento da existência dos motivos que foram invocados em cada caso (respectivamente, os enunciados no parágrafo 2 do artigo 12º e no artigo 14º, parágrafo 1).

Deixa-se assim claro que não fica prejudicada a possibilidade de, para qualquer efeito que se entenda útil (designadamente, para efeitos de proposição de eventuais acções de indemnização de perdas e danos), se discutir a ocorrência daqueles motivos fora do quadro de actuação da Lei-Modelo.

O nosso legislador não se preocupou, como o fez o legislador uniforme, em prever expressamente qualquer hipótese particular em que devesse cessar o mandato dos árbitros, limitando-se a prescrever uma norma de carácter geral, em sede de substituição de árbitros, que analisaremos no número seguinte.

E) *Substituição de árbitros*

37. Na norma do artigo 15º da Lei-Modelo o legislador prevê que, em qualquer caso em que se dê por findo o mandato de um árbitro (designadamente, nos casos previstos nos artigos 13º e 14º, ou naqueles em que o árbitro se demita por qualquer razão, ou o seu mandato seja revogado por acordo das

⁽⁹⁷⁾ Para além das situações contempladas a este propósito pelo legislador, ficam as partes com liberdade para prever e resolver outros casos em que o mandato dos árbitros cessa.

partes), deve nomear-se um outro que o substitua, de acordo com as regras aplicáveis à nomeação do árbitro substituído.

A solução a que chegou aqui o legislador traduz a intenção de subordinar o processo de substituição dos árbitros às mesmas regras aplicáveis à sua nomeação — é isso que explica, a nosso ver, a omissão da referência à autonomia das partes neste domínio. Tal não significa propriamente que se exclua a liberdade negocial, mas apenas que ela só será reconhecida na medida em que as partes dela fizeram uso quando modelaram o processo de nomeação dos árbitros.

O nosso legislador estatui, no artigo 11º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, que, se algum dos árbitros falecer, não puder ou não quiser, por qualquer outra razão, cumprir o encargo que assumiu, deverá proceder-se à sua substituição segundo as regras aplicáveis à nomeação ou designação, com as necessárias adaptações. Vê-se assim que entre nós não só se prevêem com a mesma latitude que na Lei-Modelo as hipóteses em que um árbitro deve ser substituído, como ainda se prescreve idêntico regime para essa substituição: a submissão ao processo de nomeação.

Deve, no entanto, anotar-se que o nosso legislador se preocupou em prescrever uma regra expressa para o caso de o árbitro, após ter aceite o encargo, se escusar injustificadamente (ou seja, não se fundando em causa superveniente que o impossibilite de exercer essas funções), em cumpri-lo: em tal hipótese responde pelos danos a que der causa (artigo 14º, números 1 e 3 do mesmo diploma). Ponto este que o legislador uniforme não trata por estar fora da Lei-Modelo a regulamentação da relação contratual partes-árbitro ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁸⁾ Como também acontece, por exemplo, com o problema do *receptum arbitri* a que nos referimos *supra*, nº 33.

CAPÍTULO IV

COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL

38. Em sede de competência do tribunal arbitral, contém a Lei-Modelo duas disposições, uma respeitante à possibilidade de o tribunal arbitral estatuir sobre a sua própria competência (artigo 16º), a outra referente ao poder deste tribunal para decretar medidas cautelares (artigo 17º).

A) Competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência.

39. A competência do tribunal arbitral para decidir sobre a questão de saber se é ou não competente para julgar o litígio que lhe foi submetido vem afirmada no primeiro período do parágrafo 1 do artigo 16º, onde se precisa ainda que nesta competência está abrangida também a possibilidade de decidir sobre qualquer excepção relativa à existência ou validade da convenção arbitral. Esta solução aparece-nos como um corolário da incompetência de princípio do tribunal judicial para intervir na resolução de questões suscitadas no quadro de uma arbitragem.

Resolve-se assim um ponto nuclear, sobre o qual as legislações se pronunciam de forma discrepante. A Lei-Modelo opta por conceder aos árbitros a referida competência sem, no entanto, atribuir à decisão respectiva um carácter definitivo, pois não só se admite um controlo judicial diferido dessa decisão (através do procedimento de anulação da sentença arbitral (artigo 34º, parágrafo 2)), como ainda da decisão do tribunal arbitral se pode recorrer de

imediate, na hipótese prevista no parágrafo 3 deste artigo, para o tribunal ou outra autoridade prevista no artigo 6º.

O legislador privilegiou desta forma as razões usualmente referidas ⁽⁹⁹⁾ a favor da competência assim atribuída aos árbitros: esta é a solução que mais se harmoniza com as finalidades do processo arbitral (com ela se evitam perdas de tempo e se dissuadem manobras dilatórias das partes sem, como vimos, de todo se ter prescindido de um controlo judicial). Parece-nos ter sido esta a opção mais acertada, tanto mais que as razões que poderiam contra ela militar se fazem sentir com muito menor intensidade na arbitragem internacional que na interna ⁽¹⁰⁰⁾.

Também o nosso legislador entendeu da mesma forma esta questão, dizendo, no número 1 do artigo 23º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, que “o tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre a sua própria competência e, para esse fim, examinar a validade da convenção de arbitragem”. A decisão que os árbitros tomem a este propósito, não sendo irrecorrível, apenas, porém, pode ser posta em causa em determinadas hipóteses. Na verdade, de acordo com o número 3 do mesmo artigo, tal decisão só pode ser apreciada pelo tribunal judicial se houver recurso da decisão sobre o fundo da causa e pela mesma via; e só através deste recurso pode o mesmo tribunal pronunciar-se sobre a validade da convenção de arbitragem. Assim sendo, e dada também a norma do artigo 25º ⁽¹⁰¹⁾, a apreciação judicial da decisão dos árbitros neste domínio só pode ter lugar ou quando se peça a anulação da sentença arbitral, nos termos do artigo 31º, ou quando as partes tenham expressamente previsto a possibilidade de recurso.

40. Ainda uma outra regra encontramos contida no parágrafo 1 do artigo 16º da Lei-Modelo. Tal regra consagra a autonomia da cláusula compromis-

⁽⁹⁹⁾ Sobre as razões que militam a favor e contra a atribuição ao tribunal arbitral da legitimidade para decidir em concreto sobre a sua competência e, em geral, sobre todo este problema, conhecido na doutrina como o da “Kompetenz-Kompetenz”, vejam-se, por exemplo, PHILIPPE FOUCHARD (n. 7), pp. 135 e ss., RENÉ DAVID (n.6), pp. 396 e ss. e JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI (n. 7), pp. 233 e ss..

⁽¹⁰⁰⁾ Quando um Estado entenda que deve ser outra a solução, deverá consagrá-la então, afastando a da Lei-Modelo, ao incorporá-la.

⁽¹⁰¹⁾ Nos termos deste preceito, “salvo estipulação em contrário, o tribunal arbitral decidirá definitivamente todas as questões compreendidas na convenção”.

sória em relação ao contrato principal ⁽¹⁰²⁾. Aí se dispõe, com efeito, que, estando em causa a apreciação do tribunal arbitral sobre a sua própria competência, “uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato”; estabelecendo-se a seguir um dos corolários possíveis desta regra: “a constatação da nulidade do contrato pelo tribunal arbitral não acarreta automaticamente a nulidade da cláusula compromissória”.

Trata-se aqui de uma solução que, pode dizer-se, se encontra hoje adquirida pela grande maioria dos sistemas jurídicos ⁽¹⁰³⁾ em sede de arbitragem comercial internacional. Solução que se justifica pelo favor crescente com que o mecanismo arbitral é olhado como meio especialmente adequado à resolução dos litígios decorrentes das transacções comerciais internacionais.

Esta doutrina foi igualmente aceite pelo nosso direito, que expressamente enuncia o referido corolário do princípio da autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato principal, no artigo 23º, número 2, do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho.

41. O parágrafo 2 do artigo 16º da Lei-Modelo regula o regime da invocação da excepção de incompetência do tribunal arbitral. Tal excepção deve ser arguida o mais tardar até ao momento em que se apresente a contestação. Regime especial tem, porém, a excepção de incompetência baseada no facto de a questão litigiosa exceder os poderes do tribunal arbitral: neste caso, essa excepção deve ser invocada logo que a questão que alegadamente ultrapassa os poderes do tribunal arbitral for levantada no processo arbitral ⁽¹⁰⁴⁾. Num

⁽¹⁰²⁾ Observe-se que esta regra constitui uma das poucas normas materiais criadas, para as relações privadas internacionais, pela jurisprudência de alguns países, nomeadamente a jurisprudência francesa. Sobre o ponto, vejam-se, por exemplo, FRANCE DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, 1973, Dalloz, pp. 98 e ss. e FERRER CORREIA, *A codificação do direito internacional privado. Alguns problemas*, Coimbra, 1979 (BFDUC, vols. 51-54), pp. 82 e ss. da Separata.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. sobre o ponto RENÉ DAVID (n. 6), pp. 265 e ss., LOUSSOUARN- BREDIN (n. 5), pp. 94 e ss. e PHILIPPE FOUCHARD (n. 7), pp. 143 e ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Regra esta que constava já do artigo V da Convenção Europeia de 1961 sobre a arbitragem comercial internacional. Não quer isto dizer, porém, que o ponto não possa vir a ser novamente suscitado, agora perante o tribunal judicial, em sede de anulação da sentença (Cfr. *infra*, n.º 64) ou de reconhecimento ou execução desta (Cfr. *infra*, n.º 70).

como noutro caso, o tribunal arbitral pode admitir a invocação de uma excepção após o decurso do prazo previsto, se considerar a demora justificada.

A limitação no tempo, verificada nas duas situações, do direito de invocar a incompetência do tribunal arbitral encontra a sua justificação na necessidade de provocar uma decisão sobre o ponto o mais cedo possível, para assim se evitarem despesas inúteis e delongas excessivas. Por outro lado, a solução não se apresenta demasiadamente rígida, dando o *tempero* introduzido no último período do parágrafo 2.

A invocação desta excepção não fica prejudicada pelo facto de a parte que a pretenda arguir haver designado um árbitro ou participado na sua designação. Esclarece-se assim, ao inserir um preceito com este conteúdo no parágrafo 2, que tal invocação é admissível mesmo neste caso, pois ainda que possa nalguns casos envolver um *venire contra factum proprium*, sempre se sobreporá à necessidade de sancionar um tal comportamento o interesse de esclarecer a questão da competência, quando houver dúvidas fundadas a esse respeito.

À face do direito português, e na falta de fixação de um prazo para esse efeito, parece dever concluir-se pela possibilidade de as partes poderem a todo o tempo levantar a questão da incompetência do tribunal arbitral. A única precisão que o legislador tem o cuidado de fazer neste domínio, no número 4 do artigo 23º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, é a de que a designação de um árbitro por qualquer das partes não a priva da possibilidade de requerer a declaração de incompetência do tribunal arbitral.

42. Como já dissémos acima ⁽¹⁰⁵⁾, a Lei-Modelo admite um certo controlo judicial da decisão do tribunal arbitral nos termos da qual este se declare competente ⁽¹⁰⁶⁾ para decidir o litígio que lhe foi submetido. Assim, dispõe o parágrafo 3 do artigo 16º — após esclarecer que o tribunal arbitral pode ou tratar como questão prévia a excepção de incompetência ou deliberar sobre ela apenas na sentença final ⁽¹⁰⁷⁾ — que, se ele optar pela primeira modalidade,

⁽¹⁰⁵⁾ *Supra*, nº 39.

⁽¹⁰⁶⁾ No caso de o tribunal se declarar incompetente, a sua decisão é definitiva, no sentido de ter como consequência o fim da instância arbitral. E note-se que essa decisão pode ter sido provocada mesmo sem que as partes tivessem invocado a incompetência do tribunal, pois este pode conhecer *ex officio* das possíveis causas que afectem a existência do seu poder de julgar.

qualquer das partes pode, no prazo de trinta dias após ter sido avisada desta decisão, pedir ao tribunal visado no artigo 6º (108) que tome uma decisão sobre este ponto, que será insusceptível de recurso. Enquanto não for proferida esta decisão, o tribunal arbitral pode prosseguir o processo arbitral e nele proferir uma sentença.

Sobre as razões que justificam a existência de um tal controlo judicial já acima nos pronunciamos (109), restando agora precisar o seu regime. Para além de esse controlo ser limitado aos casos em que o tribunal arbitral profere uma decisão intercalar sobre a sua própria competência (110), surgem-nos outras três notas (111) que revelam igualmente o carácter limitado do referido controlo: a fixação de um prazo relativamente curto para interposição do recurso para o tribunal judicial, o carácter definitivo da sentença pronunciada por este e a possibilidade de o tribunal arbitral poder prosseguir o processo arbitral e, mesmo, proferir uma sentença. Se for este o caminho seguido e se se obtiver uma sentença do tribunal judicial, poder-se-á dizer que se antecipou assim a decisão que seria proferida pelo mesmo tribunal em sede de anulação da sentença que viesse a ser proposta pelos mesmos motivos (112).

Já atrás (113) vimos o que sucedia neste contexto no nosso direito, pelo que para aí remetemos.

(107) Modalidades de actuação estas que já lhe eram reconhecidas no parágrafo 4 do art. 21º do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI.

(108) Cfr. *supra*, nº 21.

(109) Cfr. *supra*, nº 39.

(110) No caso de a decisão positiva sobre a competência constar da decisão final sobre o fundo da causa, restará apenas às partes o recurso de anulação previsto no artigo 34º. Cfr. *infra*, nº 64.

(111) Notas que já encontramos no artigo 13º, parágrafo 3, a propósito do controlo judicial da decisão de recusa de um árbitro. Cfr. *supra*, nº 35.

(112) O que nos leva a concluir que, ao julgar nos termos do parágrafo 3 do artigo 16º, deverá o tribunal referido no artigo 6º decidir em consonância com os critérios do artigo 34º.

(113) *Supra*, nº 39.

B) Poder do tribunal arbitral para decretar medidas cautelares

43. O artigo 17º da Lei-Modelo prescreve que, salvo convenção em contrário das partes, o tribunal arbitral, a pedido de uma das partes, pode ordenar que qualquer delas tome a medida cautelar que ele julgue necessária em relação ao objecto do litígio; o tribunal arbitral pode ainda exigir de uma qualquer das partes que, em conexão com essa medida, preste uma garantia adequada.

A finalidade visada pela presente disposição é a de permitir que o tribunal arbitral possa impor determinadas providências, a fim de prevenir ou limitar qualquer inconveniente que a duração do processo arbitral venha a causar e que comprometa a solução a dar ao litígio. Esta possibilidade pode no entanto ser afastada pelas partes, quando estas o julgarem conveniente — o que se justifica pelo facto de ela não visar mais do que a protecção de interesses seus, perfeitamente disponíveis.

Note-se que o poder que aqui é conferido ao tribunal arbitral é limitado por duas ordens de razões: as medidas cautelares só podem relacionar-se com o objecto do litígio, por um lado; e, além disso o tribunal arbitral pode apenas ordenar às partes que tomem tais medidas e não já garantir a sua execução. Estas limitações, que derivam do facto de o tribunal arbitral retirar a sua competência da convenção de arbitragem, podem fazer com que este poder seja menor do que aquele que possuirá o tribunal judicial e a que se faz referência no artigo 9º. Na verdade, como vimos ⁽¹¹⁴⁾, as medidas que este último tribunal pode ordenar são aquelas que são permitidas pela própria legislação nacional, e estas apresentarão normalmente uma amplitude maior do que a daquelas que, aplicando os critérios referidos, o tribunal arbitral pode ordenar ⁽¹¹⁵⁾ ⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹⁴⁾ *Supra*, nº 26.

⁽¹¹⁵⁾ Entre essas medidas podem figurar, por exemplo, aquelas que visem preservar, guardar ou vender mercadorias que são objecto do litígio; utilizar ou manter máquinas ou instalações; prosseguir uma certa etapa de uma construção, se isso permitir evitar perdas irreparáveis; reunir elementos de prova que doutro modo poderiam não estar disponíveis num estágio ulterior do processo, proteger segredos negociais e informações exclusivas, etc.

⁽¹¹⁶⁾ Por aqui se vê que não haverá a este propósito concorrência de competências entre o tribunal arbitral e os tribunais judiciais.

Da raiz convencional destes poderes resulta também o seu carácter imperfeito, traduzido na ausência de garantia da sua execução, que apenas poderá ser levada a cabo, em termos coercivos, se os Estados criarem mecanismos para esse efeito. No entanto, e apesar desta limitação, sempre eles poderão ter uma eficácia prática importante, uma vez que a parte visada muito provavelmente observará a ordem que lhe é dada pelo tribunal arbitral que, ao cabo e ao resto, virá a decidir o litígio. Eficácia que é tanto mais previsível quanto é certo que o tribunal arbitral, ao abrigo da faculdade que lhe é conferida pela parte final do artigo 17º, pode exigir da outra parte a prestação de uma garantia que contrabalance os efeitos decorrentes da medida ordenada — o que sempre tornará esta menos gravosa.

No nosso direito nada se prevê a este propósito; deste modo, o tribunal arbitral só terá competência para decretar tais medidas quando as partes lhe conferirem expressamente tal poder, carecendo de qualquer garantia a respectiva execução coerciva.

CAPÍTULO V

CONDUÇÃO DO PROCESSO ARBITRAL

44. O capítulo V da Lei-Modelo disciplina a condução do processo arbitral enunciando, por um lado, os grandes princípios que devem presidir à sua organização e regulando, por outro, as várias etapas em que esse processo se desdobra.

A) Princípio da Igualdade de Tratamento

45. O primeiro preceito que se nos depara neste âmbito — o artigo 18º — enuncia um princípio que cremos ser hoje indiscutido em matéria de arbitragem: o princípio da igualdade de tratamento das partes no processo arbitral. De acordo com este princípio, e utilizando a fórmula retida pela Lei-Modelo, as partes devem ser tratadas em pé de igualdade, devendo ademais qualquer delas ter todas as possibilidades de fazer valer os seus direitos no processo arbitral.

Em boa verdade, esta disposição consagra duas ideias distintas. A primeira, que traduz de modo imediato o princípio da igualdade de tratamento, satisfaz as exigências do equilíbrio processual e contribui por essa forma para assegurar o correcto posicionamento das partes face ao tribunal. A sua própria colocação sistemática ⁽¹¹⁷⁾ sugere que o legislador uniforme concebe

(117) Note-se a este respeito que só na versão final da Lei-Modelo é que esta norma foi objecto de um artigo autónomo, pois até aí constituía o parágrafo 3 do artigo 19º que, como de seguida veremos, consagra a liberdade das partes na escolha das regras do processo arbitral. A modificação operada visou precisamente enfatizar o carácter fundamental do princípio, nos termos referidos em texto.

aquele princípio como um reduto mínimo de étimos fundamentais de justiça a observar em qualquer tribunal, o que justifica que, numa matéria como a presente, toda ela dominada pela liberdade das partes, tal princípio seja inarredável.

A segunda ideia traduz-se na afirmação de que cada uma das partes deve ter todas as possibilidades de fazer valer os seus direitos, ideia que vem corresponder a dois outros princípios, também nucleares e que por vezes não autonomizados ⁽¹¹⁸⁾: o princípio do *audiatur et altera pars* ⁽¹¹⁹⁾ — o árbitro deve dar a uma e a outra das partes a possibilidade de fazer valer os seus argumentos — e o *princípio do contraditório* — as provas oferecidas por uma das partes, e sobre as quais o árbitro vai fundar a sua decisão, devem ser comunicadas à outra parte para que esta tenha a possibilidade de as refutar.

O princípio assim enunciado com carácter geral no artigo 18º ⁽¹²⁰⁾ vem depois encontrar aplicação em diversas regras da Lei-Modelo que dizem respeito às várias fases do processo arbitral — por exemplo, nos artigos 24º, parágrafo 3, e 26º, parágrafo 2.

O nosso direito alinha-se com a Lei-Modelo ao acolher as mesmas ideias que acabámos de referir. Assim, o artigo 3º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, dispõe, no seu número 1, que o tribunal arbitral deve assegurar às partes iguais condições de defesa dos seus direitos, e acrescenta, no número 2, que o tribunal garantirá, em todas as fases do processo, a estrita observância do princípio do contraditório.

B) Determinação das regras de processo

46. Em matéria de regras processuais, como já referimos, domina o princípio da liberdades das partes, o qual constitui, de resto, um pilar fundamental do normativo da Lei-Modelo. Aparece-nos ele aí consagrado no artigo 19º, parágrafo 1, nos termos do qual, e ressalvadas as disposições impérativas da-

⁽¹¹⁸⁾ Assim RENÉ DAVID (*op. cit.*, n. 6), p. 405.

⁽¹¹⁹⁾ Afirmando também que este princípio deverá sempre ser observado, PIETER SANDERS (n. 7), p. 272.

⁽¹²⁰⁾ É claro que a actuação deste princípio não poderá servir de pretexto para que uma parte faça obstrução ao processo.

quela Lei ⁽¹²¹⁾, as partes podem determinar livremente as regras processuais a observar pelo tribunal arbitral. Tal solução permite às partes que escolham os procedimentos que julgam mais adequados à resolução do litígio em que se encontram envolvidas, podendo ser elas próprias a criá-los — directamente, ou por remissão para uma legislação nacional ou para um qualquer regulamento de arbitragem.

Se as partes não utilizarem a faculdade ou direito que assim lhes reconhece a Lei-Modelo, caberá ao tribunal arbitral, ainda com observância das normas imperativas contidas naquela Lei, estabelecer as regras processuais que entenda apropriadas. Assim dispõe o parágrafo 2 do artigo 19º, que acrescenta que entre os poderes nestes termos conferidos ao tribunal arbitral se conta o de determinar a admissibilidade, pertinência e importância de qualquer prova ⁽¹²²⁾.

Se bem que o texto seja omissivo a esse respeito, parece dever entender-se, a partir da consulta dos trabalhos preparatórios, que as partes podem a todo o tempo proceder à escolha do direito processual aplicável. Limite encontrará apenas a possibilidade de alteração de um direito processual já escolhido. Nesta hipótese, e estando já nomeados os árbitros, tal alteração poderá verificar-se unicamente com o acordo destes, pois a tanto obriga a existência do contrato celebrado entre as partes e os árbitros (o *receptum arbitri*).

O legislador uniforme optou, assim, pela autonomia da arbitragem internacional. Daí que a solução adoptada em termos supletivos — é aos árbitros que caberá então a escolha do direito processual aplicável — seja a mais consentânea com a regra geral que acolhe o princípio da liberdade das partes e com a inexistência, na arbitragem internacional, de uma autêntica *lex fori* ⁽¹²³⁾, à qual deveria doutro modo ser reconduzida, ao menos em termos supletivos, a competência em matéria processual. Este é, aliás, o voto maioritário da doutrina actual e neste sentido se parece desenhar a tendência evolutiva

(121) A mais importante das quais se afigura ser a que consagra o princípio da igualdade das partes — artigo 18º. Cfr. *supra*, nº 45.

(122) Atente-se em que, entre nós, e na arbitragem interna, os poderes de decisão do tribunal arbitral em matéria de provas se encontram limitados, uma vez que se dispõe, no número 3 do artigo 22º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, que o tribunal arbitral não decide sobre incidentes relativos à produção de provas.

(123) Sobre o ponto, veja-se, por exemplo, JEAN-MICHEL JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983, Economica, pp. 108 e ss.

nos instrumentos internacionais mais recentes — assim o artigo 44º da Convenção do BIRD (Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento) assinada em Washington em 1965 e relativa à solução dos diferendos respeitantes a investimentos entre Estados e cidadãos de outros Estados ⁽¹²⁴⁾. É claro que os árbitros deverão exercer o poder que assim lhes é cometido tendo em conta os quadros processuais que, por lhes serem familiares, por qualquer outra razão, se afigurem os mais convenientes para as partes.

Saliente-se que a Lei-Modelo omite qualquer referência ao problema da distribuição do ónus da prova, o que se ficou a dever sobretudo à consideração de que este ponto releva, ao menos para certos sistemas jurídicos, do direito material. Foi entretanto feito notar na discussão do projecto que, de acordo com um princípio geralmente admitido, se deve entender que a parte que fundamenta o seu pedido sobre um determinado facto tem o ónus de fazer a prova desse facto.

Entre nós, e nos termos do artigo 15º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho ⁽¹²⁵⁾, também às partes é deixada a liberdade de escolha das regras de processo aplicáveis à arbitragem; e, do mesmo modo, é ainda aos árbitros que compete indicar tais regras quando as partes o não tenham feito. Há porém uma diferença entre a regulamentação da nossa lei e a que vimos ser acolhida no texto uniforme: enquanto aqui as partes podem acordar a todo o tempo na disciplina do processo, já no nosso direito existe um termo *ad quem* para o exercício desta faculdade — a aceitação do encargo pelo primeiro árbitro.

Para além disso, o nosso legislador entendeu ainda dever clarificar, no número 2 do artigo 15º, que é ao presidente do tribunal arbitral que cabe preparar o processo, dirigir a instrução, conduzir os trabalhos das audiências e ordenar os debates.

⁽¹²⁴⁾ Note-se porém que noutros instrumentos anteriores (o Protocolo de Genève de 1923 e a Convenção de Nova York de 1958) a solução é antes a de tomar como regra supletiva a aplicação da lei processual do Estado onde tem lugar a arbitragem.

⁽¹²⁵⁾ Note-se que já existia idêntica liberdade das partes na regulamentação do processo, à face da disciplina contida no artigo 1516º do Código de Processo Civil. No silêncio das partes a este propósito, as regras processuais aplicáveis eram as do direito comum, salvo se as partes tivessem autorizado os árbitros a julgar segundo a equidade; caso em que tal autorização envolveria necessariamente a concessão da faculdade de os árbitros determinarem os trâmites a seguir na instrução do processo (artigo 1519º do Código de Processo Civil).

Note-se, porém, que o que acabamos de dizer quanto ao nosso direito apenas é válido para a arbitragem interna, já que quanto à arbitragem internacional vale o disposto no artigo 11.º, alínea 1, do Protocolo de Genève de 1923 (ao qual Portugal continua vinculado, como já vimos ⁽¹²⁶⁾), nos termos do qual a regra supletiva nesta matéria conduz à aplicação da lei processual do Estado no território do qual tem lugar a arbitragem.

C) *Lugar da Arbitragem*

47. Quanto à determinação do local onde se há-de desenrolar a arbitragem, surgem-nos na Lei-Modelo as mesmas regras que vimos serem aí prescritas a propósito da designação das normas processuais: esse lugar será escolhido pelas partes ou, na falta de escolha, será fixado pelo tribunal arbitral. No entanto, a este propósito, o legislador uniforme dá, no parágrafo 1 do artigo 20º, directivas expressas que o tribunal arbitral deverá observar ao fixar aquele local: terá de levar em consideração todas as circunstâncias do caso, aí incluídas as conveniências das partes.

Note-se que as soluções enunciadas no parágrafo 1 não exigem que toda a actividade do tribunal arbitral tenha de ser levada a cabo no lugar deste modo escolhido. É assim que o parágrafo 2 do mesmo artigo dispõe que o tribunal arbitral pode, salvo convenção das partes em contrário, reunir-se em qualquer lugar por si considerado adequado para consultas entre os seus membros, audição de testemunhas, de peritos ou das partes, ou ainda para o exame de mercadorias, outros bens ou quaisquer documentos.

Se bem que algo relativizada pelos termos do parágrafo 2 — cuja justificação se impõe de per si —, a fixação do lugar da arbitragem continua a apresentar uma importância jurídica inegável. Desde logo, porque, como vimos atrás ⁽¹²⁷⁾, é este local tido em conta, em certos termos, para determinar o carácter internacional da arbitragem. Depois porque, dada a opção que vimos ter sido feita pelo legislador uniforme ⁽¹²⁸⁾, a generalidade das disposições da presente Lei-Modelo apenas se aplica quando a arbitragem tem lugar no território do Estado que a incorpora. Finalmente, conhecer o lugar da arbitragem

⁽¹²⁶⁾ *Supra*, Introdução, n.º 3.

⁽¹²⁷⁾ *Supra*, n.º 9.

⁽¹²⁸⁾ *Supra*, n.º 10.

pode ⁽¹²⁹⁾ ser ainda relevante para saber se há ou não lugar ao reconhecimento da sentença arbitral como condição da produção dos seus efeitos; e de todo o modo, isso importa para saber se se verificam os pressupostos desse reconhecimento que têm a ver com o local onde a sentença foi proferida (artigo 36º, parágrafo 1, alínea a), V) — e que é, nos termos do artigo 31º, parágrafo 3, o local da arbitragem.

Entre nós, o artigo 15º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, consagra também neste domínio soluções paralelas às retidas a propósito da definição das regras do processo ⁽¹³⁰⁾.

D) *Início do processo arbitral*

48. O artigo 21º da Lei-Modelo refere-se ao momento em que se considera iniciado o processo arbitral, fixando para isso, na falta de estipulação das partes em contrário, a data em que uma parte receber ⁽¹³¹⁾ da outra um pedido de submissão de determinado litígio à arbitragem.

Também aqui se afigura importante a determinação deste elemento, não só para o desenrolar do próprio processo arbitral, como ainda para outros efeitos, como sejam os da suspensão ou interrupção de qualquer prazo prescricional. O legislador terá optado pela solução consagrada, à qual não atribuiu contudo natureza imperativa ⁽¹³²⁾, certamente por entender que era aquela que mais favoreceria o equilíbrio das posições jurídicas das partes.

⁽¹²⁹⁾ Tal será o caso sempre que um Estado, ao incorporar a Lei-Modelo, faça depender o reconhecimento das decisões estrangeiras da verificação da condição de reciprocidade. Cfr. *infra*, nº 69.

⁽¹³⁰⁾ Ver *supra*, nº 46.

⁽¹³¹⁾ Sobre o momento em que deve entender-se ter sido recebida uma comunicação com este conteúdo, cfr. o artigo 3º da Lei-Modelo e as considerações a este propósito tecidas *supra*, no nº 18.

⁽¹³²⁾ Uma derrogação a esta regra tem lugar sempre que as partes remetam a disciplina do processo para o regulamento de uma instituição arbitral que preveja a este respeito uma solução diferente, referindo, por exemplo, para o efeito considerado, o momento em que o pedido de arbitragem for recebido pela instituição arbitral.

Diferentemente, no nosso direito, considera o número 1 do artigo 16º do Decreteto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, que a instância arbitral se inicia com a entrada da petição do requerimento inicial na secretaria do tribunal ⁽¹³³⁾. Segue-se assim uma via diferente, mas por igual justificada, atendendo a que o tribunal arbitral deverá notificar deste requerimento num breve prazo (cinco dias) a parte contrária. Dúvidas ficam apenas quanto ao carácter supletivo ou imperativo deste preceito, tendo em conta o disposto no art. 15º quanto à liberdade das partes na fixação das regras de processo a observar na arbitragem.

E) Língua a utilizar no processo arbitral

49. A decisão sobre a língua a utilizar no processo arbitral compete em primeiro lugar às partes, nos termos do artigo 22º, parágrafo 1, da Lei-Modelo. Solução correcta, na medida em que são elas, ainda em maior grau do que nos demais pontos do processo arbitral, que virão a ser oneradas com as consequências da decisão tomada, nomeadamente em matéria de custos (de tradução, de interpretação, etc.).

Na falta de acordo das partes, o tribunal arbitral decidirá então qual a língua (ou línguas) a utilizar, sendo óbvio que nesta escolha deverá optar pela solução que, sem ferir o princípio da igualdade das partes, se apresente menos onerosa para elas ⁽¹³⁴⁾.

O idioma assim escolhido, se outra coisa não for acordada, será utilizado em toda e qualquer declaração escrita de uma parte, em qualquer procedimento oral e em qualquer sentença, decisão ou outra comunicação do tribunal arbitral.

⁽¹³³⁾ Requerimento que deverá ser acompanhado de todos os documentos destinados a provar os factos alegados e da solicitação de todas as diligências probatórias (número 2 do artigo 16º), apenas com base em factos supervenientes podendo ser juntos novos documentos ou requeridas outras diligências.

⁽¹³⁴⁾ Poderá dizer-se que, nos casos em que nas negociações entre as partes se tenha utilizado uma única língua, a escolha desta pelo tribunal arbitral será porventura a que corresponde a estas exigências.

O parágrafo 2 do artigo 22º confere ao tribunal arbitral a faculdade de ordenar que qualquer documento apresentado em tribunal seja acompanhado de uma tradução na língua (ou nas línguas) escolhidas pelas partes ou pelo tribunal arbitral. Este pode assim fazer uma triagem dos documentos cuja importância para o processo implica uma tradução, que virá sempre a encarecer o procedimento arbitral.

O silêncio do nosso direito a este propósito justifica-se pelo facto de a recente legislação que temos vindo a considerar contemplar apenas a arbitragem interna e nos encontrarmos num espaço linguístico unificado.

F) Alegações de acusação e defesa

50. O artigo 23º trata de questões relacionadas com a apresentação, pelas partes, do caso litigioso ao tribunal arbitral. No parágrafo 1 faz-se aplicação dos princípios-base a que acima fizémos referência ⁽¹³⁵⁾, em sede de organização do processo arbitral. Assim, preceve-se que, no prazo acordado pelas partes ou fixado pelo tribunal arbitral, o requerente deve enunciar os factos em que baseia o seu pedido, os pontos litigiosos e as providências pretendidas; por seu turno, a parte contrária deve apresentar a sua defesa a propósito destas questões. A apresentação da posição de cada uma das partes quanto ao objecto do litígio parece não poder dispensar-se ⁽¹³⁶⁾, pelo que a autonomia das partes nesta sede se reporta apenas à determinação do conteúdo das respectivas alegações, que pode assim ser diverso do previsto na Lei-Modelo. É este, tal como resulta dos trabalhos preparatórios, o sentido da reserva que figura no primeiro período do parágrafo 1, *in fine*. Inteiramente na disponibilidade de cada parte fica, sim, a possibilidade de fazer acompanhar as suas alegações de quaisquer documentos ou outros meios de prova que mais tarde pretenda apresentar.

A Lei-Modelo fica-se neste ponto pela referência aos direitos processuais das partes, não contendendo com o poder de direcção do procedimento arbi-

⁽¹³⁵⁾ *Supra*, n.º 45.

⁽¹³⁶⁾ Pois que a omissão deste passo pode vir a justificar, nos termos dos arts. 34º, parágrafo 2, alínea a), II, e 36º, parágrafo 1, alínea a), II, respectivamente, a anulação da sentença arbitral ou a recusa do seu reconhecimento.

tral que vimos competir ao tribunal ⁽¹³⁷⁾, na falta de convenção das partes a este propósito. Nestes termos, o tribunal poderá exigir às partes que lhe apresentem certos documentos ou outros elementos de prova em determinado prazo (como resulta implicitamente do artigo 25º, alínea c) ⁽¹³⁸⁾) ou mesmo exigir que as partes apresentem uma súmula dos elementos que tencionem vir a juntar ao processo.

No parágrafo 2 encontramos uma norma, esta inteiramente supletiva, nos termos da qual qualquer das partes pode modificar ou completar, no decurso do procedimento arbitral, o seu pedido ou a sua defesa. O tribunal arbitral pode, porém, vir a ter acção moderadora, podendo recusar tais alterações quando entenda que elas são feitas fora de tempo. Note-se que é este o único fundamento susceptível de ser invocado pelo tribunal arbitral para não autorizar uma modificação ou um complemento das alegações feitas pelas partes, uma vez que ficou bem claro na discussão havida a este propósito que qualquer outro motivo seria injustificado.

O nosso legislador, nos artigos 17º e seguintes do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, regula com certo pormenor o processo arbitral. Dado o disposto no artigo 15º onde, como vimos ⁽¹³⁹⁾, se confere às partes e ao tribunal arbitral uma grande liberdade neste domínio, parece que as regras de processo ora previstas terão de revestir um carácter supletivo, ou antes, meramente indicativo. Ressalve-se uma vez mais que estamos aqui em face da arbitragem interna. Nas hipóteses de arbitragem internacional, haverá que ter em conta entre nós, ainda aqui, o Protocolo de Genève de 1923, cujo artigo 2º dispõe que o processo arbitral será regulado segundo a vontade das partes e segundo a lei do país em cujo território a arbitragem se efectuar.

G) *Forma do Processo*

51. De acordo com a opinião maioritária que se formou no seio da Comissão, as partes têm o direito de decidir se o processo deverá decorrer em

⁽¹³⁷⁾ *Supra*, nº 46.

⁽¹³⁸⁾ *Vide, infra*, nº 52.

⁽¹³⁹⁾ Cfr. *supra*, nº 46.

termos escritos apenas ou se deverá comportar alguma fase oral — para a produção de provas ou para a exposição dos argumentos. Assim o dispõe o parágrafo 1, primeira frase, do artigo 24º. Na falta de estipulação das partes a este propósito, cabe ao tribunal arbitral decidir tal questão. O poder agora conferido ao tribunal arbitral sofre contudo uma importante ressalva: é que, a menos que as partes tenham excluído uma fase oral, o tribunal arbitral não poderá deixar de admitir essa fase num momento adequado, se uma das partes assim o solicitar.

Constata-se pois que a existência de uma fase oral no processo arbitral não foi considerada essencial. A vontade das partes continua uma vez mais a prevalecer, temperada é claro, aqui como em todo o processo, apenas pelos imperativos decorrentes do princípio da igualdade de tratamento, cuja consagração no artigo 18º o erige em verdadeira Magna Carta do processo arbitral.

No parágrafo 2 do artigo 24º aparece-nos mais uma concretização do princípio da igualdade de tratamento das partes, ao conceder-se a estas o direito de serem notificadas, com uma antecedência suficiente, de todas as audiências e de todas as reuniões do tribunal arbitral destinadas a examinar mercadorias, outros bens ou documentos. Justifica-se na verdade uma tal prescrição, dotada ademais de carácter imperativo, pois só assim se possibilita que as partes tenham a garantia de ser devidamente informadas do andamento do processo arbitral, a fim de tomarem as medidas que entenderem conformes à defesa dos seus interesses; para além de que é ainda necessária tal norma para possibilitar ao tribunal arbitral retirar, da falta de comparência de uma das partes à audiência, as consequências previstas no artigo 25º, alínea c) ⁽¹⁴⁰⁾.

Ainda como concretização da ideia de igualdade das partes, agora na vertente apresentada pelo princípio do contraditório, vem o parágrafo 3 do artigo 24º prescrever que todas as alegações, documentos ou informações que uma das partes forneça ao tribunal arbitral devem ser comunicadas à contraparte. Deve igualmente ser comunicado às partes qualquer relatório pericial ou documento apresentado desde que seja susceptível de servir de apoio à decisão do tribunal arbitral. Retira-se desta última disposição que o tribunal arbitral não está obrigado a comunicar todo e qualquer documento que lhe seja presente (assim, um documento informativo preparado pelo próprio tribunal), mas apenas os que constituam “provas”, ou seja, aqueles que possam vir a

⁽¹⁴⁰⁾ *Vide infra*, , nº 52.

servir de alicerce à decisão do tribunal — o que implica obviamente que estes documentos possam ser conhecidos pelas partes antes dessa decisão.

Se, como atrás deixámos sugerido, as partes, por um lado, e o tribunal arbitral, por outro, podem também entre nós modelar como entendam o processo arbitral, há-de concluir-se que serão igualmente livres de escolher a forma que este processo há-de revestir. Assim entendidas as coisas, e uma vez que o nosso direito nada mais refere a este respeito, cremos que a liberdade de decisão do tribunal neste domínio está apenas condicionada pela observância dos princípios da igualdade e do contraditório enunciados no artigo 3º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho. Estes mesmos princípios justificam ainda que, mau grado o silêncio da lei a este propósito, valha por igual entre nós a doutrina dos parágrafos 2 e 3 do artigo 24º.

H) Falta de cumprimento de uma das partes

52. O Artigo 25º da Lei-Modelo estabelece as consequências processuais decorrentes do incumprimento pelas partes de certos trâmites do processo: a não apresentação das alegações das partes, a falta de comparência a uma audiência e a não apresentação de documentos quando a tal estivessem obrigadas.

Uma vez mais nos encontramos perante uma norma supletiva, no sentido de que as partes podem acordar numa disciplina diversa para estas situações. Por outro lado, apenas estão aqui em causa as hipóteses de incumprimento não justificado por qualquer impedimento legítimo.

A primeira situação referida no artigo 25º (alínea a)) respeita à hipótese em que o requerente, tendo solicitado a submissão de um determinado litígio à arbitragem, não apresenta posteriormente o seu pedido nos termos que vimos serem prescritos no artigo 23º, parágrafo 1 (141). Num tal caso o tribunal arbitral porá fim ao processo, sem mais. É esta uma consequência que se impõe como necessária e para a qual dificilmente se encontraria uma alternativa preferível, tudo se passando como se o requerente desistisse do seu pedido.

(141) Cfr. *supra*, nº 50.

A nossa lei nem sequer contempla esta hipótese que, deve dizer-se, raramente ocorrerá na prática. Nem ela é em boa verdade concebível no quadro criado pelo legislador do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho, pois que aí a instância arbitral apenas se inicia, nos termos do artigo 16.º, número 1, com a apresentação das alegações do requerente.

A alínea b) do artigo 25.º, por sua vez, contempla a hipótese, já mais plausível, de a parte demandada não apresentar a sua defesa nos termos do artigo 23.º, parágrafo 1 (142). Agora, o tribunal arbitral deve dar seguimento ao processo, sem considerar esta falta só por si como aceitação das alegações do demandante. O legislador uniforme optou assim por uma solução que não é pacífica em todos os sistemas jurídicos internos, desde logo no nosso, que faz decorrer da falta de contestação o reconhecimento, pelo demandado, dos factos alegados no requerimento inicial — artigo 17.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho. Note-se contudo que, atenta a formulação da alínea b) do artigo 25.º da Lei-Modelo, nos parece que o tribunal arbitral não fica impedido de, acrescentando outras circunstâncias à falta de contestação, atribuir a esta o significado de uma confissão dos factos alegados pelo demandante.

Por último, a alínea c) do artigo 25.º refere-se à hipótese de falta de comparecimento de uma das partes à audiência ou de não apresentação de documentos que lhe tenham sido exigidos pelo tribunal. Aqui, diversamente do que acontece nas situações anteriores, é grande a liberdade de actuação do tribunal arbitral. Ao estipular que este pode prosseguir o processo e decidir com base nos elementos de prova de que dispõe, a Lei-Modelo não terá visado a exclusão da possibilidade de o tribunal arbitral seguir outra via, nomeadamente marcando nova audiência ou prolongando o prazo para a apresentação dos documentos. A previsão desta norma justifica-se certamente pelo desejo de o legislador conferir ao tribunal arbitral um meio que, sancionando determinadas omissões das partes, evite procedimentos que possam entravar o normal desenvolvimento do processo.

É neste mesmo sentido que se orienta o nosso legislador quando, no artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 243/84, permite ao tribunal arbitral que, em circunstâncias semelhantes, e por sua iniciativa ou a requerimento da parte contrária, ordene no prazo de cinco dias as diligências instrutórias que considere necessárias e decida o litígio.

(142) *Ibidem.*

I) *Perito nomeado pelo tribunal arbitral*

53. O artigo 26º da Lei-Modelo disciplina a intervenção no processo arbitral de peritos nomeados pelo tribunal arbitral ⁽¹⁴³⁾.

No parágrafo 1 possibilita-se ao tribunal arbitral que, salvo convenção das partes em contrário, nomeie um ou mais peritos encarregados de apresentar relatórios sobre pontos concretos por si determinados e, ainda, que solicite a qualquer das partes que forneça aos peritos todas as informações e lhes faculte o exame de quaisquer mercadorias ou outros bens que possam interessar ao processo.

A solução assim prescrita estabelece um equilíbrio entre o sistema da *common law*, que não permite a nomeação de peritos pelo tribunal, e o sistema de origem romanística, que admite essa nomeação. O facto de a intervenção da vontade das partes poder ter lugar mesmo após a nomeação dos árbitros não se nos afigura reprovável: estes poderão sempre demitir-se das funções se entenderem que a decisão das partes, impedindo a nomeação de um perito, se lhes torna inaceitável.

O parágrafo 2 prescreve que, também com ressalva de uma convenção em contrário das partes, o perito deverá, após apresentação do seu relatório escrito ou oral e quando lhe for solicitado por uma parte ou pelo tribunal arbitral, participar numa audiência na qual as partes poderão não só interperlar esse perito como fazer intervir, na qualidade de testemunhas, outros peritos que deponham sobre os pontos litigiosos. Assim se dá, uma vez mais, consagração ao princípio do contraditório.

O nosso direito é omissivo quanto à questão em análise, parecendo-nos que esta lacuna bem poderá ser preenchida com recurso a uma solução análoga à prevista na Lei-Modelo, que se nos afigura equilibrada.

(143) Trata-se aqui apenas de peritos nomeados pelo tribunal arbitral e não daqueles que as partes sempre podem trazer, por sua iniciativa, ao juízo arbitral.

J) Assistência dos tribunais judiciais na obtenção de provas

54. A Lei-Modelo, no seu artigo 27º, permite que, quer o tribunal arbitral, quer qualquer das partes com a aprovação deste, possa pedir assistência em matéria de obtenção de provas ao tribunal competente ⁽¹⁴⁴⁾ do Estado que incorpora a Lei-Modelo. Bem se compreende esta situação, uma vez que o tribunal arbitral carece de poderes de coerção, cuja necessidade se poderá fazer sentir em certos casos, para a obtenção de testemunhos ou outros meios de prova que se entendam indispensáveis à resolução da causa. E também é compreensível a necessidade de controlo por parte do tribunal arbitral sobre o recurso das partes ao tribunal judicial para os efeitos aqui tidos em vista — assim se prevenindo eventuais manobras das partes tendentes a impedir o normal desenrolar do processo.

O mesmo preceito prescreve ainda que o tribunal judicial pode satisfazer o pedido feito nos limites da sua competência e de acordo com as regras (aquelas a que se encontra vinculado, naturalmente) relativas à obtenção de provas. O tribunal poderá desempenhar-se desta tarefa, quer reunindo ele próprio os elementos de prova ⁽¹⁴⁵⁾, quer ordenando que estes sejam comunicados directamente ao tribunal arbitral — caso em que a participação do tribunal se limita ao exercício do poder coercitivo.

A possibilidade que assim se cria de colaboração dos tribunais judiciais com o tribunal arbitral, trazendo inegáveis vantagens, não origina contudo conflitos com as ordens judiciárias internas, uma vez que, como ressalta do preceituado no artigo 27º, o tribunal judicial competente apenas poderá prestar a assistência solicitada nos moldes admitidos pelo seu direito interno.

Também o nosso direito prevê um modo de colaboração entre o tribunal judicial e o tribunal arbitral quando, nos termos do número 2 do artigo 22º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, se dispõe que “sempre que um tribunal arbitral ordene um inquérito e as testemunhas não compareçam voluntariamente ou se recusem a depôr, o tribunal arbitral autoriza as partes a requerer, em prazo a fixar, em tribunal judicial, a produção das provas ordena-

⁽¹⁴⁴⁾ Tribunal que não é necessariamente o tribunal previsto no artigo 6º (cfr. *supra*, nº 21), mas aquele que for considerado competente para o efeito pela organização judiciária do Estado que incorpora a Lei-Modelo e em cujo território decorre a arbitragem.

⁽¹⁴⁵⁾ Ouvindo, por exemplo, as testemunhas, obtendo documentos, etc.

das segundo as regras previstas no processo civil''. Para além de que, nos termos do número 3 deste artigo, as partes podem ser autorizadas pelo tribunal arbitral a requerer em tribunal judicial a apreciação de incidentes relativos à produção de prova.

CAPÍTULO VI

SENTENÇA ARBITRAL E ENCERRAMENTO DO PROCESSO

55. No Capítulo VI da Lei-Modelo disciplina-se a fase terminal do processo arbitral, aí incluídas todas as questões referentes à elaboração da sentença e ao encerramento do processo: regras aplicáveis ao fundo do litígio (artigo 28º), decisão por vários árbitros (artigo 29º), resolução do litígio por acordo das partes (artigo 30º), forma da sentença (artigo 31º), encerramento do processo (artigo 32º) e rectificação da sentença e sentença adicional (artigo 33º).

A) Regras aplicáveis ao fundo da causa

56. O primeiro aspecto que suscitou a atenção do legislador uniforme nesta sede foi o da indicação das regras que o tribunal arbitral deve observar na resolução do litígio. A este propósito, e consagrando em termos amplos a autonomia das partes, o parágrafo 1 do artigo 28º começa por dizer que o tribunal arbitral resolverá o diferendo de acordo com as regras de direito que as partes para o efeito tiverem escolhido.

Com esta fórmula, é evidente que se permite às partes a referência a uma qualquer legislação nacional, esteja ela ou não em contacto com as partes ou com o litígio. Mais do que isso, podem as partes seleccionar para diferentes aspectos jurídicos do caso outras tantas legislações nacionais, assim se proporcionando, pelo recurso ao método conhecido por *dépeçage*, uma melhor adaptação das regras jurídicas aos interesses concretos das partes. Mas o dispositivo legal faculta que se seja mais ousado e que as partes se refiram expressamente a normas não constantes de qualquer ordem jurídica nacional,

por exemplo a *lex mercatoria* ⁽¹⁴⁶⁾ — este o sentido, patenteado nos trabalhos preparatórios, da utilização, a este propósito, da expressão *regras de direito*.

As duas possibilidades inicialmente referidas — escolha de uma ordem jurídica concreta, independente da sua conexão com a situação, e admissibilidade da *dépeçage* ⁽¹⁴⁷⁾ — traduzem a amplitude com que é correntemente concebido o princípio da autonomia das partes em direito internacional privado ⁽¹⁴⁸⁾ e que, em matéria de arbitragem internacional, é atribuída às expressões retidas pela generalidade dos instrumentos arbitrais, como por exemplo a Convenção de Geneve de 1961 (artigo VII, parágrafo 1) e o Regulamento de Arbitragem da CNUDCI (artigo 33º, parágrafo 1). É já menos habitual a atribuição da faculdade em último lugar referida — escolha de regras não pertencentes a uma ordem estadual — se bem que, no nosso domínio, ela pareça estar já contemplada em duas ordens jurídicas internas (França e Djibouti ⁽¹⁴⁹⁾) e numa Convenção Internacional (a já referida Convenção BIRD, assinada em Washington em 1965). A Lei-Modelo filia-se assim na corrente mais liberal que visa dar a maior liberdade às partes para conformar judicialmente os seus interesses.

Ainda no parágrafo 1 do artigo 28º, surge-nos uma regra interpretativa que visa afastar possíveis dúvidas: a designação pelas partes de uma lei ou de um sistema jurídico de um determinado Estado considera-se, salvo indicação

⁽¹⁴⁶⁾ Sobre esta figura, confira, designadamente, BERTHOLD GOLDMANN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, Archives de philosophie du droit, 1964, Paris, Sirey, pp. 177 e ss. e *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives*, Clunet, 106 (1979), pp. 475 e ss.; PAUL LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Le droit des relations internationales. Études offertes à Berthold Goldmann*, Paris, 1982, LITEC, pp. 125 e ss.; e MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição*, Coimbra, 1979, pp. 86 e ss..

⁽¹⁴⁷⁾ Sobre este mecanismo, veja-se PAUL LAGARDE, *Le "Dépeçage" dans le droit international privé des contrats*, RDIPP, v. 9 (1973), pp. 649 e ss. e WILLIS L.M. REESE, *Dépeçage: a common phenomenon in choice of law*, Columbia Law Review, 73 (1973), pp. 58 e ss..

⁽¹⁴⁸⁾ A este propósito, veja-se, entre nós, ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO, *Da compra e venda em direito internacional privado*, Lisboa, 1954, pp. 27 e ss; e, na doutrina estrangeira, por último, JEAN-MICHEL JACQUET (n. 123), *passim*.

⁽¹⁴⁹⁾ Atribuindo este mesmo sentido à expressão "règles de droit" contida no artigo 1 496º do Código de Processo Civil francês, veja-se, por exemplo, PHILIPPE FOUCHARD (n.9), pp. 45 e ss..

expressa em contrário, como indo dirigida às regras materiais desse Estado e não às suas regras de conflitos. Trata-se apenas de explicitar um sentido que é aquele que normalmente corresponderá à intenção das partes.

O parágrafo 2 do artigo 28º vem prescrever uma regra, esta comumente aceite ⁽¹⁵⁰⁾, à que se deverá recorrer na hipótese de as partes não terem feito uso da faculdade prevista no parágrafo anterior: em tal caso, o tribunal arbitral aplicará a lei que for designada pela regra de conflitos que ele julgue aplicável no caso de espécie. Consagra-se assim uma *approach* conflitual da eleição do direito aplicável que na prática se traduz na obrigação de o árbitro fundamentar a escolha da regra de conflitos que venha a aplicar, o que, ao reduzir a álea da escolha, não deixa de favorecer os interesses de quem recorra à arbitragem.

No parágrafo 3 do artigo 28º, a Lei-Modelo permite que o tribunal arbitral decida de acordo com as regras da equidade sempre que as partes o tenham expressamente autorizado. Trata-se também aqui de um tipo de arbitragem que, reconhecido embora largamente nos instrumentos internacionais pertinentes ⁽¹⁵¹⁾, não é acolhido em todos os sistemas jurídicos nacionais. (Note-se a propósito não ser esse o caso do nosso direito, que expressamente admite esta modalidade de arbitragem desde que as partes autorizem os árbitros a agir desse modo, devendo tal autorização constar da convenção de arbitragem ou de acordo posterior, celebrado até à entrega da contestação — artigo 26º do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho). Dados os termos em que o julgamento *ex aequo et bono* se encontra admitido na Lei-Modelo, não é de prever que se venham a criar situações em que as partes, desprevenida-mente, se encontrem envolvidas nesta espécie de arbitragem.

O parágrafo 4 do artigo 28º reconhece expressamente a relevância, para a decisão do tribunal arbitral, das estipulações do contrato celebrado entre as partes, bem como dos usos comerciais aplicáveis à transacção. Trata-se de disciplina que sempre se deveria ter por válida mesmo na ausência de preceito

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. o artigo VII, parágrafo 1, da Convenção de Genebra de 1961, o artigo 33º, parágrafo 1, do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI e o artigo 13º, parágrafo 3, do Regulamento da C.C.I.

⁽¹⁵¹⁾ Assim o artigo VII, parágrafo 2, da Convenção de Genebra de 1961, o artigo 42º da Convenção de Washington e o artigo 33º, parágrafo 2, do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI.

expresso da Lei. Apenas quanto ao relevo jurídico dos usos se poderiam levantar dificuldades, mas a sua importância é hoje reconhecida no direito do comércio internacional, sendo prova disso a sua consagração expressa em vários instrumentos internacionais referentes a esta matéria — assim o artigo 9º da Convenção de Viena de 1980 sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias e o artigo 33, parágrafo 3, do Regulamento de Arbitragem da CNUDCI. Por esta via, vemos ainda cobrar relevo a *lex mercatoria* (onde, sem sombra de dúvida, se integram os usos com relevância jurídica) no domínio da arbitragem comercial internacional.

Na nossa ordem jurídica, e pelo que se refere à arbitragem internacional, não existe norma sobre este ponto. Quanto à arbitragem interna, e nos termos do artigo 26º, parágrafo 1, do Decreto-Lei n.º 243/84, os árbitros decidem segundo as regras do direito constituído, sendo admitido, nos termos mais acima referidos, o julgamento conforme à equidade.

B) Decisão tomada por vários árbitros

57. O artigo 29º da Lei-Modelo edita duas regras aplicáveis à hipótese de o tribunal arbitral ser um órgão colegial. De acordo com a primeira delas, que é supletiva, qualquer decisão do tribunal arbitral assim composto é tomada por maioria dos seus membros. Trata-se aqui, manifestamente, de um *quorum* deliberativo. O que significará, quanto a nós, que todos os membros do tribunal arbitral deverão participar na reunião respectiva, ou, pelo menos, deverão poder fazê-lo.

Sendo como é uma regra supletiva e justificada por óbvias razões de eficácia e celeridade processuais, sempre as partes poderão acordar noutra regime, como por exemplo o da unanimidade.

A segunda regra é ainda motivada pelas mesmas preocupações. De acordo com ela, as questões meramente processuais podem ser decididas por um árbitro presidente desde que este para isso esteja autorizado pelas partes ou por todos os membros do tribunal. Embora o texto nada diga a este propósito, parece dever entender-se que a qualificação das questões como de forma ou de substância deverá caber ao tribunal arbitral.

Nos termos da nossa lei (artigo 27º do Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho), nas hipóteses consideradas, a deliberação, na qual todos os árbitros devem participar, deve ser tomada por maioria absoluta dos votos. Às partes

não é aqui concedida uma tão lata liberdade como a que lhes é reconhecida na Lei-Modelo, já que esta regra apenas pode ser afastada na medida em que as partes podem convencionar uma maioria qualificada (número 3). Às partes é ainda lícito (número 4) convencionar que, não sendo possível formar maioria (será por certo o caso em que, valendo a regra legal supletiva, se verifique um empate), o presidente do tribunal goze de voto de qualidade.

C) Decisão do litígio por acordo das partes

58. O legislador uniforme contemplou no artigo 30º uma hipótese que é de verificação frequente na prática da arbitragem internacional: a de as partes acordarem numa solução para o litígio no decurso do processo arbitral. Verificada esta hipótese, o tribunal arbitral põe fim ao processo e, se as partes lho solicitarem e ele não tiver qualquer objecção a opor, constatará o facto através de uma sentença arbitral proferida nos termos acordados pelas partes (parágrafo 1).

O acordo das partes, nestes termos, tem assim sempre como consequência o fim do processo arbitral. E pode ainda dar lugar à emissão de uma sentença, se se verificarem as condições que a Lei-Modelo exige: o pedido de ambas as partes nesse sentido e a inexistência de objecções por banda do tribunal arbitral.

A extinção do processo arbitral, nas condições referidas, impõe-se de per si, por se ter preenchido o fim por ele visado. Já quanto à emissão de uma sentença as coisas se não poderão passar com igual facilidade. Compreende-se assim que se queira garantir, pela exigência de um pedido comum das partes, que ambas querem que a solução do litígio seja atestada por sentença arbitral, e tenha por isso a força jurídica que é inerente a este instrumento; como se compreende também que se deixe ao tribunal margem para decidir se os termos do acordo a que as partes chegarem merecem ou não a cobertura jurídica proporcionada pela sentença arbitral em que será vazado um tal acordo ⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁵²⁾ O tribunal arbitral pode assim verificar se o acordo foi obtido com sacrifício de determinados valores jurídicos essenciais.

No parágrafo 2 referem-se a forma e os efeitos de uma tal sentença. De acordo com este preceito, a forma a observar é aquela que é exigida para toda e qualquer sentença arbitral pelo artigo 31º ⁽¹⁵³⁾, não podendo designadamente deixar de se mencionar o facto de que se trata de uma sentença. E ela tem ainda idêntico estatuto ⁽¹⁵⁴⁾ e os mesmos efeitos das demais sentenças arbitrais.

Também o nosso legislador reconhece às partes a faculdade de, através de um acordo, porem termo ao litígio. Deste modo, nos termos do artigo 36º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, as partes podem transigir perante o tribunal arbitral para pôr fim ao litígio, devendo a transacção ser consignada em acta e assinada pelos árbitros e pelas partes (número 1). De acordo com o número 2, a esta transacção poderá ser atribuída força executiva pelo tribunal judicial, a requerimento de qualquer das partes. É esta uma solução pouco compatível com o espírito de um sistema que confere, como veremos, à sentença arbitral a mesma força executiva das sentenças judiciais (artigo 29º do mesmo Decreto-Lei). Cremos que teria sido preferível, nesta sede, enveredar por um caminho próximo do seguido pelo legislador uniforme, quando, no parágrafo 2 do artigo 30º, equipara o acordo das partes a uma verdadeira sentença arbitral.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. *infra*, nº 59.

⁽¹⁵⁴⁾ Designadamente, em matéria de revisão e de reconhecimento. Cfr. *infra*, Capítulos VII e VIII.

D) Forma e conteúdo da sentença

59. Como formalidades essenciais da sentença arbitral, prevê o parágrafo 1 do artigo 31º da Lei-Modelo a redução a escrito e a assinatura dos árbitros. Se no processo arbitral intervierem vários árbitros, basta a assinatura da maioria deles, devendo porém mencionar-se as razões da falta das outras assinaturas.

São sobretudo razões de certeza e de autenticação da decisão que estão na base destas exigências de forma, justificando-se por outro lado a suficiência da assinatura da maioria dos árbitros por motivos próximos daqueles que vimos fundamentar essa mesma exigência a propósito da formação da vontade do tribunal arbitral colegial ⁽¹⁵⁵⁾. Note-se, a este propósito, porém, que, se algum dos árbitros não assinar a sentença arbitral, deve aí ser mencionada a razão que motiva tal omissão. O que a Lei-Modelo não exige (embora possa ser acordado pelas partes ou resultar das regras processuais estabelecidas pelo tribunal arbitral ao abrigo do artigo 19º ⁽¹⁵⁶⁾) é que se identifiquem as posições dos árbitros relativamente ao sentido do seu voto.

Entre nós, e à semelhança do que se passa com o direito uniforme, a decisão será sempre reduzida a escrito e deve conter, pelo menos, a assinatura da maioria dos árbitros; do mesmo modo, se um ou mais árbitros não puderem ou não quiserem assinar, isso será mencionado na sentença (número 5 do artigo 27º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho). Diferentemente, porém, a nossa lei exige que a decisão inclua os votos de vencido devidamente identificados (número 6 do mesmo artigo).

Pelo que se refere ao conteúdo da sentença, começa o nº 2 do artigo 31º por nos dizer que esta deve ser fundamentada, a não ser que as partes tenham convencionado diversamente ou que se trate de um caso em que a sentença foi proferida nos termos de um acordo das partes pondo fim ao litígio, ao abrigo do disposto no artigo 30º ⁽¹⁵⁷⁾. A norma deste preceito representa um

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. *supra*, nº 58.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. *supra*, nº 46.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. *supra*, nº 58.

compromisso entre os sistemas que, como o nosso (artigo 27º, número 2, do Decreto-Lei citado, exigem a fundamentação da decisão arbitral ⁽¹⁵⁸⁾ e aqueles outros que, como o da *common law*, a dispensam.

De acordo com o parágrafo 3 exige-se ainda que a sentença mencione a data em que foi proferida bem como o local da arbitragem, que é determinado nos termos do artigo 20º, parágrafo 1 ⁽¹⁵⁹⁾, considerando-se que a sentença foi emitida neste local. Os dois referidos elementos apresentam-se assim como essenciais à própria sentença, sendo ademais o conhecimento de um deles — o local onde a sentença se considera proferida — imprescindível para a actuação de eventuais mecanismos de anulação e reconhecimento da sentença. Entre nós, o número 1 do já referido artigo 27º exige que, além destes dados, a sentença contenha ainda a identificação das partes e dos árbitros, a menção do objecto do litígio e do lugar onde a decisão foi proferida (que, diferentemente do que acontece na Lei-Modelo, não é, por presunção legal, identificado com o lugar da arbitragem).

Por último, o parágrafo 4 do artigo 31º exige que, uma vez proferida a sentença, seja enviada a cada uma das partes uma cópia assinada pelo árbitro ou árbitros, nos termos do parágrafo 1 deste mesmo artigo. O legislador uniforme quis assegurar o cumprimento desta formalidade (que em boa verdade sempre haveria de ter lugar, mesmo na ausência de previsão legal), desde logo porque o carácter definitivo da sentença é feito depender do decurso de um prazo contado por referência à data em que se considera recebida pelas partes a cópia da decisão (artigo 34º, parágrafo 3 ⁽¹⁶⁰⁾).

E é este o único requisito de publicidade exigido pela Lei-Modelo, não sendo necessário qualquer depósito ou registo da sentença. Contrariamente se passam as coisas entre nós onde, para além da notificação, por carta registada, da decisão a cada uma das partes, se exige que o original desta seja depositado na secretaria do tribunal judicial e que as partes sejam notificadas desse depósito (números 1 e 2 do artigo 28º do Decreto-Lei nº 243/84

⁽¹⁵⁸⁾ Fundamentação que entre nós é requerida tanto para a matéria de facto como para a matéria de direito.

⁽¹⁵⁹⁾ Nos termos desta disposição, o local da arbitragem é escolhido pelas partes ou, se estas o não fizerem, pelo tribunal arbitral, tendo em conta o circunstancialismo referido no preceito. Cfr. *supra*, nº 47.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. *infra*, Capítulo VII.

E) Encerramento do processo arbitral

60. A matéria do encerramento do processo arbitral e dos seus efeitos quanto ao mandato dos árbitros é tratada pelo legislador uniforme no artigo 32º. Nos dois primeiros parágrafos deste artigo, elencam-se as situações em que se considera terminado este processo, enquanto no último se liga a este facto o fim do mandato dos árbitros.

A previsão deste ponto revela-se útil para deixar claro quando tem fim o processo, o que interessa, além do mais, para efeitos de contagem de prazos que se reportem a um tal momento (prazos de precrição, por exemplo) ou de propositura de um processo judicial.

O parágrafo 1 prescreve que o processo arbitral termina, quer quando for proferida uma sentença definitiva (que tanto pode representar a resolução do litígio pelo tribunal arbitral como a constatação do acordo das partes obtido nos termos do artigo 30º ⁽¹⁶¹⁾), quer quando o tribunal arbitral ordene, pelos motivos referidos no parágrafo 2, o encerramento do processo.

Tais motivos podem reconduzir-se a uma tríade de situações. Numa delas, a prevista na alínea b) daquele parágrafo, o tribunal arbitral limita-se a constatar um facto: o acordo das partes em pôr fim ao processo ⁽¹⁶²⁾, enquanto que, nas restantes, ele detém em maior ou menor grau um certo poder de apreciação das circunstâncias que podem conduzir ao termo do processo.

Na hipótese da alínea a), ou seja, quando a parte que requereu a arbitragem retirou o seu pedido, o processo termina se a outra parte a isso se não opuser; se o fizer, o tribunal poderá não ordenar o encerramento do processo, se reconhecer que o oponente tem um interesse legítimo em que o litígio seja objecto de uma decisão com força de caso julgado material. O poder que assim é conferido ao tribunal arbitral parece-nos justificado sobretudo para que ele, avaliando as circunstâncias, possa assegurar um justo equilíbrio dos interesses das partes em conflito.

Por último, a alínea c) coloca nas mãos do tribunal arbitral a faculdade de pôr ainda termo ao processo quando constate que, por qualquer outra ra-

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. *supra*, n.º 58.

⁽¹⁶²⁾ Acordo que releva por si só, isto é, independentemente de, a mais dele, as partes terem solucionado o diferendo que as opunha. O que bem se compreende dado o significativo papel que vimos ser reconhecido à vontade das partes na disciplina da arbitragem.

ção, o processo arbitral se tornou supérfluo ou impossível. Verdadeiramente, estarão aqui abrangidas as situações em que as partes, em condições razoáveis, teriam posto fim ao processo. A Lei-Modelo como que se limita a permitir ao tribunal arbitral que se lhes substitua, quando em tais casos aquelas o não façam.

Como já referimos, o parágrafo 3 liga ao encerramento do processo arbitral o fim do mandato dos árbitros, salvo no que concerne (e por razões óbvias que adiante se tornarão claras quando tratarmos essas matérias ⁽¹⁶³⁾) à rectificação e interpretação da sentença, à elaboração de uma sentença adicional e à possibilidade de o tribunal arbitral retomar o processo no quadro do procedimento de anulação da sentença arbitral.

Entre nós, o número 2 do artigo 28º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, dispõe que o poder jurisdicional dos árbitros finda com a notificação às partes do depósito, na secretaria do tribunal judicial, da decisão que põe termo ao litígio. A doutrina alinha-se assim com o que vimos ser prescrito na Lei-Modelo, pois não há dúvidas que o termo do processo tem lugar quando é proferida a decisão final. Atente-se no entanto em que o nosso legislador não alude a outros casos de encerramento do processo arbitral para além do que aqui está implícito.

F) *Rectificação e interpretação da sentença e sentença adicional*

61. O artigo 33º da Lei-Modelo refere-se a uma das hipóteses ⁽¹⁶⁴⁾ em que o tribunal arbitral pode retomar o seu mandato para além do momento em que a sentença arbitral foi proferida. Tratar-se-á aqui das situações de rectificação e interpretação da sentença e de elaboração de uma sentença adicional. A previsão destas normas constitui uma tomada de posição do legislador uniforme que não é pacífica, pois que ordenamentos há que não admitem pelo menos a interpretação da sentença arbitral, uma vez proferida pelos árbi-

⁽¹⁶³⁾ Cfr. *infra*, nº 61 e Capítulo VII.

⁽¹⁶⁴⁾ A outra será examinada quando analisarmos o artigo 34º, parágrafo 3. Cfr. *infra*, Capítulo VII.

tros; prevalece assim nestes países a ideia de que o mandato dos árbitros, por-que temporário (contrariamente ao dos juízes dos tribunais judiciais), não abrange aquela faculdade, evitando-se também deste modo que as partes multipliquem os pedidos de aclaração da sentença arbitral, com o conseqüente protelamento da decisão em termos definitivos.

Quanto à rectificação, ela é permitida, quer a pedido de uma das partes, quer por iniciativa do próprio tribunal arbitral. No primeiro destes dois casos, dispõe a alínea a) do parágrafo 1 que, nos trinta dias subsequentes à recepção da sentença, a menos que as partes tenham acordado noutro prazo, qualquer delas pode, notificando a outra, pedir ao tribunal arbitral que rectifique no texto da sentença qualquer erro, seja de cálculo, seja material, tipográfico ou qualquer outro da mesma natureza. Se considerar justificado o pedido, o tribunal arbitral fará a rectificação nos trinta dias que se seguem à recepção do pedido.

Já pelo que toca ao tribunal arbitral, pode ele, officiosamente, nos trinta dias seguintes à data da sentença, proceder à rectificação de qualquer erro do tipo dos acabados de referir (parágrafo 2).

Em sede de interpretação da sentença, o legislador uniforme só a admite quando as partes tenham antecipadamente previsto esta hipótese, sendo ainda sempre necessário que alguma delas o solicite ao tribunal. Nestes termos, a alínea b) do parágrafo 1 dispõe que, também nos trinta dias seguintes à recepção da sentença, se outro prazo não tiver sido convencionado pelas partes, qualquer delas pode, notificando a outra, pedir ao tribunal arbitral que interprete um ponto ou passagem precisa da sentença. Do mesmo modo que vimos suceder com a rectificação, o tribunal arbitral, se julgar o pedido justificado, dará a interpretação (que passará a fazer parte integrante da sentença) nos trinta dias que se seguem à recepção do pedido.

Por seu turno, o parágrafo 3 permite a cada uma das partes (salvo acordo de ambas em contrário), mediando notificação à outra, pedir ao tribunal arbitral, nos trinta dias seguintes à recepção da sentença, que profirá uma sentença adicional sobre certos pontos do pedido, expostos no decurso do processo arbitral mas omitidos na sentença. O tribunal arbitral, se julgar justificado o pedido, tem um prazo de sessenta dias para proferir a sentença adicional.

Nos termos do parágrafo 4, os prazos de que o tribunal dispõe para rectificar, interpretar ou completar (por uma sentença adicional) a sua decisão po-

dem ser alargados, quando este o considere necessário. Será este o caso, por exemplo, quando o tribunal, para satisfazer o pedido, se vir forçado a realizar novas audiências ou efectuar outras diligências morosas.

Finalmente, dispõe o parágrafo 5 do artigo 33º que as regras contidas no artigo 31º referentes à forma e conteúdo da sentença ⁽¹⁶⁵⁾ se aplicam aos actos que visam rectificá-la, interpretá-la ou completá-la.

Apesar do nosso direito não prever expressamente nenhuma destas hipóteses, estamos em crer que, por analogia com o que acontece no processo judicial, também aqui se pode admitir o esclarecimento ou reforma da sentença, nos termos do artigo 666º do Código de Processo Civil ⁽¹⁶⁶⁾. Já quanto à pronúncia da sentença adicional, nos parece problemática a sua admissibilidade entre nós, dado que, como veremos ⁽¹⁶⁷⁾, o nosso legislador configura, sem mais, como fundamento de anulação da decisão arbitral, a hipótese de omissão de pronúncia da decisão sobre questões de que o tribunal arbitral devesse conhecer.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. *supra*, nº 59.

⁽¹⁶⁶⁾ A tanto não se opondo, cremos, a norma do artigo 3º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, que dispõe que a decisão arbitral tem eficácia de caso julgado material logo que é notificada às partes nos termos do artigo 28º, número 1.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. *infra*, nº 67 e nota 183.

CAPÍTULO VII

RECURSO DA SENTENÇA ARBITRAL

62. No Capítulo VII da Lei-Modelo, composto unicamente pelo artigo 34º, regula-se o problema das vias de recurso abertas contra a sentença arbitral. Sendo dadas diferentes respostas ⁽¹⁶⁸⁾ a esta questão, a solução do direito uniforme é no sentido da admissibilidade de um único meio: o pedido de anulação da sentença arbitral perante o tribunal judicial competente — assim o dispõe o parágrafo 1 daquele artigo.

A Lei-Modelo não regula, porém, todas as questões que se põem a este propósito, bastando-se com elencar um número limitado e taxativo de motivos que fundamentam a anulação (parágrafo 2) e com fixar, de modo imperativo, o prazo, relativamente curto (em ordem a permitir uma rápida definição das situações), em que a acção deve ser proposta (parágrafo 3): o pedido de anulação não pode ser apresentado depois de decorridos três meses a contar da data em que a parte que a solicita recebeu, comunicação da sentença ou, se tiver sido feito um pedido nos termos do artigo 33º (pedido de rectificação, interpretação ou complemento da sentença), a partir da data em que o tribunal arbitral tomou uma decisão sobre ele. Deixam-se assim de fora quer as

(168) Respostas, umas, hoje um pouco ultrapassadas por todo o lado, que se reconduzem à assimilação da decisão arbitral às sentenças judiciais internas, para efeitos do regime de recursos. Era esta, de resto, a solução do nosso direito anterior ao Decreto-Lei n.º 243/84, de 17 de Julho — cfr. o artigo 1 523º do Código de Processo Civil. Outras, conhecidas sobretudo nos países da *common law*, e segundo as quais o recurso ao tribunal arbitral para efeitos de modificação da sua própria decisão é admitido em termos amplos (mais amplos, pelo menos, do que aqueles que vimos ser os consagrados no artigo 33º, em sede de rectificação e interpretação da sentença arbitral) e autónomos dos do recurso ao tribunal judicial. Assim RENÉ DAVID (n.6), pp. 512 e ss..

questões de processo, quer o mecanismo dos possíveis recursos ulteriores da decisão proferida sobre o pedido de anulação.

O facto, porém, do pedido de anulação da sentença arbitral se apresentar como o único meio de defesa previsto na Lei-Modelo não afecta a admissibilidade do pedido de rectificação ou interpretação ou a possibilidade de emissão de uma sentença adicional, a que já nos referimos ⁽¹⁶⁹⁾.

63. O parágrafo 2 do artigo 34º enuncia taxativamente os vários motivos que podem ser invocados para pedir a anulação duma sentença arbitral e indica o tribunal competente para a apreciação e decisão deste pedido: trata-se do tribunal previsto no artigo 6º ⁽¹⁷⁰⁾, isto é, um tribunal que haverá de ser indicado por cada Estado, no momento em que incorpora a Lei-Modelo, para acompanhar o processo arbitral.

Os fundamentos de anulação aqui retidos inspiram-se nos obstáculos ao reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras consagrados na Convenção de Nova York de 1958 e coincidem no essencial com veremos ⁽¹⁷¹⁾, com as causas de recusa do reconhecimento que a Lei-Modelo acolhe. Procura-se assim que, tornados concordantes os motivos da anulação e da recusa do reconhecimento, a eficácia da sentença arbitral seja a mesma tanto no Estado onde foi proferida como nos demais Estados que incorporem a Lei-Modelo. A não ser assim, poderiam, de facto, verificar-se casos em que uma sentença eivada de um determinado vício não fosse susceptível de anulação (no Estado, claro, onde é pronunciada), por tal vício não constituir fundamento bastante para isso, mas o seu reconhecimento e execução pudessem ser recusados, mediante a invocação da existência desse mesmo vício. Numa hipótese dessas poderia uma sentença ser perfeitamente válida no Estado em que foi proferida e ser-lhe negado o reconhecimento, não só noutros Estados...como no próprio Estado onde fora proferida. Situação que poderia ocorrer visto que, como veremos ⁽¹⁷²⁾, as regras de recusa do reconhecimento e execução constantes do artigo 36º valem para toda e qualquer sentença arbi-

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. o número anterior.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. *supra*, nº 21.

⁽¹⁷¹⁾ Cfr. *infra*, Capítulo VIII.

⁽¹⁷²⁾ Vide *infra*, nº 68.

tral proferida no quadro de uma arbitragem comercial internacional, independentemente do lugar onde se verificou a arbitragem.

Poder-se-ão distinguir duas espécies de fundamentos de anulação da sentença arbitral admitidos pela Lei-Modelo. A primeira, que nos surge nas várias subalíneas da alínea a) do parágrafo 2 do artigo 34º, engloba as situações em que a parte interessada na anulação tem o ónus de alegar e provar o circunstancialismo considerado relevante pela legislação uniforme. A segunda diz respeito às hipóteses em que o tribunal, conhecendo *ex officio* determinados fundamentos, deve com base neles anular a sentença.

64. O primeiro motivo referido na Lei-Modelo que pode ser invocado pelas partes para basear o seu pedido de anulação da sentença arbitral reconduz-se à incapacidade de uma das partes na convenção de arbitragem prevista no artigo 7º ⁽¹⁷³⁾ (primeira parte da alínea a), I). Não diz a Lei-Modelo quando é que as partes devem ser tidas como capazes, nem qual o sistema jurídico competente para apreciar este ponto. Assim sendo, a questão é deixada para resolução no quadro do sistema de regras de conflito do Estado do foro, isto é, do Estado cujo tribunal é chamado a apreciar o pedido de anulação da sentença arbitral ⁽¹⁷⁴⁾. A segunda parte desta subalínea I) da alínea a) acrescenta que é também motivo de anulação invocável pelas partes o facto de a convenção de arbitragem ser ainda nula nos termos da lei à qual as partes a submetem ou, na falta de indicação a este respeito, nos termos da lei material do Estado que aprecia o pedido de anulação (que é, em virtude do princípio da territorialidade consagrado no parágrafo 2 do artigo 1º ⁽¹⁷⁵⁾, a lei do lugar da arbitragem.

A alínea a), I, contém assim, em geral, a disciplina das questões de validade da convenção de arbitragem. Esta pode, desde logo, ser inválida por incapacidade de uma das partes: matéria esta que a Lei-Modelo deixa em aberto, aqui valendo pois o sistema conflitual do foro. As outras possíveis

⁽¹⁷³⁾ Cfr. *supra*, nº 23.

⁽¹⁷⁴⁾ Assim acontece também com as soluções adoptadas pela Convenção de Génève de 1961 e pela Convenção de Nova York de 1958. A diferente redacção que o texto ora aprovado apresenta em relação ao deste último instrumento convencional (supressão do inciso “en vertu de la loi qui leur est applicable”) visou deixar claro, como sempre se entendeu, de resto, no contexto destes instrumentos, que se não propõe aqui qualquer regra de conflitos.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. *supra*, nº 10.

causas de invalidade substancial ⁽¹⁷⁶⁾ serão averiguadas à luz da lei aplicável à convenção de arbitragem: a este respeito contém já a Lei-Modelo uma regra de conflitos que manda aplicar ou a lei escolhida pelas partes (aqui se consagrando assim, uma vez mais, o primado da autonomia da vontade) ou, na falta de escolha, a lei material do foro.

Como segunda causa de anulação da sentença arbitral, surge-nos na alínea a), II), o desrespeito pelos direitos de defesa de uma parte. Com efeito, qualquer parte pode fundamentar o seu pedido de anulação na circunstância de não ter sido devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do processo arbitral ou de lhe ter sido impossível, por qualquer outra razão, fazer valer os seus direitos. Está aqui em causa, pois, a tutela de interesses considerados fundamentais de cada uma das partes no processo arbitral. Interesses que traduzem princípios reputados essenciais pelo legislador uniforme (os princípios da igualdade e do contraditório consagrados no artigo 18º e nos parágrafos 2 e 3 do artigo 24º da Lei-Modelo ⁽¹⁷⁷⁾) e que hão-de até ser considerados irrenunciáveis, não valendo assim, para estes casos, a norma do artigo 4º que sanciona o *venire contra factum proprium* ⁽¹⁷⁸⁾. Assim se justificando pois que a sua violação possa dar lugar à anulação da sentença.

O fundamento de anulação contido na alínea a), III, é hoje indiscutido, encontrando-se consagrado na generalidade das legislações. Trata-se aí das situações em que a sentença tenha recaído sobre um litígio não contemplado no compromisso ou que não entre nas previsões da cláusula compromissória, ou daquelas em que a sentença contenha decisões que ultrapassam os termos do compromisso ou da cláusula compromissória. Em tal caso, não existindo qualquer fundamento convencionado para a sua competência, torna-se claro que o tribunal arbitral não pode proferir uma decisão vinculativa a esse propósito, pelo que se justifica a abertura do recurso de anulação. E a consequência de uma tal ultrapassagem, pelos árbitros, dos poderes que lhe foram concedidos só não é mais drástica (índo integrar a espécie de fundamentos de anulação contemplados na alínea b) do parágrafo 2), porque se admite que

⁽¹⁷⁶⁾ Quanto aos requisitos formais desta convenção, cfr. o artigo 7º da Lei-Modelo e *supra*, nº 23.

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. *supra*, nºs 45 e 51.

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr. *supra*, nº 19.

as partes possam querer aceitar a decisão proferida naqueles termos, assim se contribuindo para uma melhor definição das situações jurídicas e para uma economia do processo arbitral.

Porém, esta causa de anulação da sentença arbitral verá limitado o seu alcance na hipótese contemplada na parte final daquela subalínea III, nos termos da qual, se as disposições da sentença que dizem respeito a questões submetidas à arbitragem puderem ser dissociadas daquelas que se refiram a questões não submetidas à arbitragem, unicamente poderá ser anulada a parte da sentença que contenha estas últimas decisões. Representa esta limitação uma aplicação da máxima *utile per inutile non vitiatur* que, à semelhança do que acontece com a redução no domínio dos negócios jurídicos, visa salvarguardar a parte das sentenças arbitrais que não enferme do vício de incompetência.

Finalmente, a subalínea IV da alínea a) dirige-se às hipóteses de irregularidade, quer da constituição do tribunal arbitral, quer do processo arbitral propriamente dito. De acordo com o aqui preceituado, uma parte poderá pedir a anulação da sentença quando a constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não estiverem conformes à convenção das partes (desde que esta convenção não infrinja uma norma imperativa da Lei-Modelo) ou, na falta de tal convenção, que não estejam conformes à Lei-Modelo.

O legislador uniforme considerou assim importante assegurar a regularidade da constituição do tribunal e processo arbitral, a ponto de permitir a anulação da sentença por violação das regras que lhes são aplicáveis. Tais regras hão-de basear-se ou na Lei-Modelo (Capítulo III — artigos 10º e seguintes — e Capítulo V — artigos 18º e seguintes) ou em convenção das partes que não contrarie as regras imperativas da Lei-Modelo.

Note-se que a necessidade de observância de algumas destas regras já decorre do disposto na subalínea II da alínea a). Justifica-se, no entanto, esta autonomização, dada a diferente perspectiva com que além são encaradas — à luz da tutela dos direitos de defesa das partes, como vimos. O que traz até diferentes consequências na aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* (artigo 4º da Lei-Modelo). Se tal proibição não joga como vimos, no quadro da subalínea II, ela já vale perfeitamente no contexto da subalínea IV: se uma parte não invocar as irregularidades de que tenha conhecimento no prazo em que o deva fazer, decai no seu direito de pedir a anulação com base nessa irregularidade. Da mesma forma, também o fundamento contido

I, segundo período, só poderá ser invocado em sede de anulação se tal invocação não representar um *venire contra factum proprium* da parte que pretende a anulação, nos termos em que esta actuação é proibida pelo artigo 4º da Lei-Modelo. E também o mesmo há-de valer ainda quanto ao fundamento contido na sub-alínea III. Muito embora o legislador uniforme não tenha clarificado este ponto (que foi no entanto discutido nos trabalhos preparatórios), entendemos que também quando uma das partes se tiver dado conta do excesso de poder dos árbitros e não o alegar nos termos do artigo 16º, parágrafo 2 (179), perde o direito de pedir a anulação da sentença com esse fundamento.

65. A alínea b) do parágrafo 2 do artigo 34º contém duas hipóteses em que a sentença arbitral deverá ser anulada, independentemente de as partes invocarem ou não perante o tribunal judicial, em acção de anulação que aí decorra, o condicionalismo nelas descrito. Tais hipóteses são a da não arbitrabilidade do litígio à face da lei do foro (local da arbitragem) (sub-alínea I)) e a da contrariedade da sentença à ordem pública do Estado do foro (sub-alínea II).

No que toca ao primeiro fundamento, sempre ele havia de ser acolhido como causa de anulação de uma sentença arbitral, dada a regra que vimos estar consagrada no parágrafo 5 do artigo 1 (180), regra esta que salvaguarda as eventuais disposições legais do Estado que incorpora a Lei-Modelo em virtude das quais certos diferendos não possam ser submetidos à arbitragem. Sempre assim se haveria, pois, de entender mesmo na ausência de texto expresso. É no entanto vantajoso que a questão tenha sido expressamente prevista, para evitar que subsistam discrepâncias no regime que lhe seria aplicável (conhecimento officioso ou necessidade de alegação e prova pelas partes) nas diversas ordens jurídicas dos Estados que venham a adoptar a Lei-Modelo.

Com o segundo fundamento de anulação que o tribunal pode conhecer officiosamente — contrariedade da sentença à ordem pública do foro — pretende-se salvaguardar o respeito pelos princípios fundamentais de justiça (quer em termos substantivos, quer em termos processuais) tais como eles se perfilam face ao sistema jurídico do foro. Com isto se abrangem os casos em

(179) Cfr. *supra*, nº 41.

(180) Cfr. *supra*, nº 11.

que a decisão arbitral esteja em contradição frontal com os valores jurídicos essenciais da ordem jurídica em que se pretende inserir e da comunidade cuja vida de relação aspira também a conformar.

Dada a fórmula encontrada pelo legislador uniforme (que se deve ver referida não só àquilo que nos países de tradição romanista se entende por *ordem pública*, como também aos valores sugeridos na *common law* pela expressão *natural justice*) pode dizer-se que nos encontramos em face de um conceito indeterminado; o que significa que ao seu abrigo podem ser consideradas como causas de anulação certas hipóteses, não previstas no parágrafo 2 do artigo 34º, mas que a todas as luzes aí deveriam caber por ofenderem *standards* fundamentais de justiça: sentenças baseadas em falsas declarações, obtidas por corrupção ou suborno dos árbitros ou das testemunhas, proferidas com base em erro dos árbitros (por eles reconhecido, e que não seja susceptível de rectificação nos termos do artigo 33º) e obtenção de provas após a sentença que infirmem as conclusões nela contidas. Desta forma, resulta algo mitigado o carácter exaustivo que vimos revestir o elenco de causas de anulação da sentença arbitral contido no parágrafo 2 do artigo 34º.

66. No parágrafo 4 do artigo 34º da Lei-Modelo é admitido um expediente que visa, uma vez interposto já o pedido de anulação da sentença arbitral, evitar que esta venha a ser efectivamente anulada. Nos termos desta disposição, introduzido o pedido de anulação da sentença, o tribunal pode, se for caso disso e a pedido de uma das partes, suspender o processo de anulação durante um prazo por ele determinado, a fim de dar ao tribunal arbitral a possibilidade de retomar o processo arbitral ou tomar qualquer outra medida que julgue susceptível de eliminar os motivos de anulação.

Trata-se de uma solução que é conhecida sobretudo nas jurisdições da *common law*, muito embora nem sempre aí seja configurada como um processo subordinado ao funcionamento do recurso de anulação, mas como um recurso autónomo. Assim se institui uma colaboração entre a jurisdição arbitral e a de direito comum que, nos termos em que é delineada, serve o interesse da definição das situações jurídicas pela instância possivelmente melhor habilitada a fazê-lo sem, por outra via, dar ensejo a manobras dilatórias das partes, uma vez que o tribunal judicial decidirá da conveniência de tal colaboração.

67. No nosso direito não há em princípio recurso das decisões do tribunal arbitral, que se revestem assim de carácter definitivo: é neste sentido o comando inserido no artigo 25º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, que admite no entanto que outra coisa seja estipulada pelas partes — assim se consagrando uma solução supletiva de teor inverso ao da que até então estava contida no artigo 1 523º do Código de Processo Civil.

Por outro lado, o artigo 29º daquele mesmo Decreto-Lei, agora mantendo a solução do direito anterior (artigo 1 522º do Código de Processo Civil), vem conferir à sentença arbitral a mesma força executiva da sentença do tribunal judicial. O que significa assim que, entre nós, não há lugar a qualquer homologação judicial da sentença arbitral, homologação esta que é requerida nalguns sistemas jurídicos para que a sentença arbitral possa cobrar força executiva.

De modo análogo ao que ocorre no direito uniforme, também entre nós se reconhece às partes o direito, configurado até como irrenunciável (artigo 32º), de requerer à anulação, pelo tribunal judicial, da sentença arbitral (artigo 31º daquele diploma). Os fundamentos do pedido são de igual modo taxativamente enunciados na lei (número 1 deste artigo) e reconduzem-se, no essencial, aos que analisámos a propósito da Lei-Modelo.

A nossa lei acrescenta contudo dois motivos de anulação que não figuram no elenco da Lei-Modelo. A adopção de um deles — carecer a sentença arbitral de fundamentação (alínea a) do número 1) — revela uma opção do nosso legislador, seguindo de resto outros precedentes estrangeiros ⁽¹⁸¹⁾, no sentido de tutelar, em termos mais eficazes, a obrigatoriedade de motivação das sentenças arbitrais ⁽¹⁸²⁾. Quanto ao segundo — conter a sentença decisões contraditórias (alínea f) do número 1) — não nos parece ele com um alcance muito claro. Se se pretende dizer que a sentença tem que ter uma decisão susceptível de ser observada, parece-nos que tal será dispensável e sem

⁽¹⁸¹⁾ Vejam-se os artigos 1 471º, alínea 2, 1 480º e 1 484º, alínea 2, 5º, do Código de Processo Civil francês, tal como ficaram redigidos depois da entrada em vigor de Decreto-Lei nº 81 500, de 12 de Maio de 1981.

⁽¹⁸²⁾ Note-se que, no caso de as partes não terem convencionado em sentido contrário, o artigo 31º, parágrafo 2, da Lei-Modelo exige que a sentença seja motivada. Ora, em tal uma dada sentença carecer de motivação, quer-nos parecer que haveria ainda aqui fundamento para a sua anulação, nos termos do parágrafo 2, alínea a), IV, do artigo 34º (inobservância do procedimento arbitral tal como é delineado pela Lei-Modelo).

sentido neste enquadramento: um documento do qual não resulte uma decisão, em virtude da contradição dos seus termos, não será uma verdadeira sentença susceptível de ser executada e, logo, anulada. E este é o único sentido que pode ver-se no preceito, já que outro — referir-se ele à contradição entre a decisão arbitral e os seus fundamentos — envolveria uma revisão do mérito da sentença, sendo pois inconciliável com a impossibilidade de recurso que, como assinalámos, é consagrada na nossa lei.

Note-se que, à semelhança do que vimos que se deve entender na Lei-Modelo, o nosso direito sanciona expressamente, nos mesmos termos e para os mesmos casos, a actuação de uma das partes que configure um *venire contra factum proprium*: assim, o número 2 do artigo 31º dispõe que os fundamentos de anulação previstos nas alíneas c) (irregularidades na constituição do tribunal arbitral), d) (nulidade ou caducidade da convenção de arbitragem) e e) (excesso de poderes dos árbitros) ⁽¹⁸³⁾ do número 1 “não podem ser alegados pela parte que deles teve conhecimento no decurso da arbitragem e que, podendo fazê-lo, os não invocou no momento oportuno, nem pelo demandado, quando, não obstante a falta da sua citação, interveio no processo sem prejuízo da sua defesa”.

Finalmente, também se prescreve um prazo curto para o exercício da acção de anulação: um mês a contar da data da notificação da decisão arbitral ou, em caso de fundamento superveniente, a contar da data em que a parte dele teve conhecimento.

(183) A nossa lei acrescenta nesta alínea o caso de ter havido omissão de pronúncia da decisão sobre questões de que o tribunal arbitral devesse conhecer. Afigura-se-nos que esta hipótese não deveria ser concebida como um caso de anulação da decisão sendo para ela mais adequado um diagnóstico ou de inexistência de decisão ou de incompletude da mesma, neste último caso havendo de ser admissível o pedido de pronúncia de uma sentença adicional. Por este modo se potenciarão as razões que, no âmbito da Lei-Modelo, vimos justificarem o recurso a esse expediente.

CAPÍTULO VIII

RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS ARBITRAIS

68. A Lei-Modelo contém, a terminar, disposições sobre o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais. A inclusão deste capítulo foi questionada, mas acabou por prevalecer a opinião segundo a qual seria útil e oportuna a existência, na Lei-Modelo, de normas com esta finalidade.

Entendeu-se na verdade, que uma lei que visa regular a arbitragem ficaria incompleta se não contivesse um conjunto de regras sobre o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais. A omissão de tais regras significaria que a regulamentação deste ponto seria deixada para as ordens jurídicas nacionais, sem que nada se fizesse a este propósito para ultrapassar a desarmonia legislativa existente. Nem se diga que esta consequência estaria arredada pelo facto de existir actualmente uma convenção nesta matéria — a Convenção de Nova York de 1958 sobre o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras, cujo dispositivo serviu, aliás, de modelo ao criado pelo legislador uniforme —, pois que, são muitos os Estados não vinculados por esta Convenção. Além disso, acresce que sempre poderá ser mais fácil a um determinado Estado, que pretenda adoptar um sistema uniforme de regras neste domínio, fazê-lo por incorporação dos preceitos da Lei-Modelo do que por vinculação internacional a um instrumento convencional: é que tal vinculação faz nascer para o Estado um maior número de obrigações, particularmente na esfera internacional. E o que acabamos de dizer vem a significar, por outro lado, que a incorporação integral ⁽¹⁸⁴⁾ da Lei-Modelo por um determinado Estado — aí incluídas pois as normas sobre o reconhecimento e execução

(184) Como já vimos, a vários propósitos, um Estado que pretenda incorporar a Lei-Modelo pode fazê-lo integralmente ou com as modificações que entender.

das sentenças arbitrais — não priva de sentido a adesão desse Estado à Convenção de Nova York, dada precisamente a relevância, no plano das relações entre Estados, de uma tal adesão ⁽¹⁸⁵⁾.

Para além do que fica dito, a justificação da inserção na Lei-Modelo de uma regulamentação com este objecto reforça-se pelo alcance que aqui lhe é atribuído e que vai além do que possui o dispositivo que na Convenção de Nova York lhe corresponde. É que, enquanto nesta se contemplam apenas as sentenças arbitrais estrangeiras, ou seja, as proferidas no território de um Estado diferente daquele em que se pede o seu reconhecimento e execução, as regras de reconhecimento da Lei-Modelo abarcam por igual as sentenças pronunciadas neste último Estado, no quadro de uma arbitragem comercial internacional, tal como a define o artigo 1º da Lei-Modelo. O alargamento do âmbito de aplicação das regras ora criadas, assim operado, não pode deixar obviamente de favorecer o recurso à arbitragem comercial internacional, dada a uniformização que implica e a consequente protecção das expectativas das partes nesta matéria.

O sistema de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais a que se refere a Lei-Modelo surge-nos nos seus artigos 35º e 36º ⁽¹⁸⁶⁾ — o primeiro deles enunciando o princípio geral nesta matéria, elencando o segundo os motivos que podem fundar uma recusa dos pedidos respectivos. Note-se que se fala, ainda aqui, quer do reconhecimento, quer da execução — com isto se continuando a marcar a distinção entre estas duas fases. O que se justifica: pois se a execução não pode ter lugar sem o prévio reconhecimento da sentença, já este se pode perfeitamente considerar em termos isolados, por exemplo, para efeitos de invocação num outro processo.

⁽¹⁸⁵⁾ Para uma comparação entre os efeitos de uma Lei-Modelo e de uma Convenção internacional, veja-se o nosso trabalho citado *supra*, na nota 10.

⁽¹⁸⁶⁾ Disposições estas que, atenta a matéria sobre que versam, são de aplicação geral para cada Estado que incorpore a Lei-Modelo, estando assim subtraídas ao princípio da territorialidade, que condiciona a intervenção da quase totalidade das regras da Lei-Modelo. Nos termos do artigo 1º, parágrafo 2, com efeito, as disposições da Lei-Modelo (com excepção dos artigos 8º, 9º, 35º e 36º) apenas se aplicam quando o local da arbitragem se situe no Estado que incorpora a Lei-Modelo. Cfr. *supra*, nº 10.

A) *Princípio Geral*

69. O artigo 35º da Lei-Modelo dispõe, no seu parágrafo 1, que a sentença arbitral, qualquer que seja o país onde tenha sido proferida, é reconhecida como tendo força obrigatória e executada, mediante pedido dirigido ao tribunal competente, sob reserva das disposições do presente artigo e do artigo 36º.

Estabelece-se, assim, segundo a interpretação que fazemos do preceito (187), o princípio do reconhecimento automático ou *de jure* de uma sentença arbitral proferida no quadro de uma arbitragem comercial internacional, tal como a concebe a Lei-Modelo. Assim se dispensando qualquer homologação, e isto tanto para as sentenças arbitrais proferidas no próprio Estado, como para as pronunciadas no estrangeiro (188). Ponto em que se vai mais longe que na Convenção de Nova York de 1958 onde o próprio reconhecimento não estará necessariamente isento de um controlo prévio ou processo de revisão, nos termos do artigo 3º deste diploma. O que não exclui, contudo, que, ao incorporar a Lei-Modelo, um Estado conserve um sistema diferente para o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras.

Isto significa que o efeito de caso julgado de uma sentença arbitral se produzirá, sem mais, nos Estados que tenham incorporado a Lei-Modelo, sem que seja necessária a intervenção de uma qualquer autoridade judicial deste Estado. Tal intervenção apenas é necessária para a produção de um outro dos efeitos que a sentença arbitral pode produzir (189) — o efeito executivo. Em tal caso é indispensável a intervenção do tribunal judicial competente que actuará mediante requerimento escrito que lhe seja dirigido.

O sistema desta forma delineado facilita o reconhecimento das decisões arbitrais e corresponde ao que vemos ser seguido, na actualidade, nos instrumentos convencionais multilaterais que versam o reconhecimento das senten-

(187) E que nos parece cabida, em face do seu teor literal, visto que a referência a uma intervenção judicial só surge dirigida à execução e não ao reconhecimento.

(188) A equiparação assim feita da sentença arbitral “estrangeira” à “nacional” encontra um precedente no artigo 1 500º do Código de Processo Civil francês, tal como ficou redigido depois da reforma de 1980. Sobre o ponto, cfr. PIERRE BELLET e ERNST MEZGER, (n.9), pp. 611 e ss..

(189) Para uma tipologia dos efeitos das sentenças, cfr. FERRER CORREIA, (n.23), p. 20 e ss.

ças estrangeiras— assim a Convenção da Haia de 1 de Janeiro de 1971 sobre o reconhecimento e a execução das sentenças estrangeiras em matéria civil e comercial (artigo 4º) e a Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 sobre a competência judiciária e a execução das decisões em matéria civil e comercial (artigos 26º e 31º).

Note-se ainda que, o teor do artigo 35º, parágrafo 1, exclui qualquer condição de reciprocidade na aplicação destas disposições da Lei-Modelo. O que não quer dizer que, ao incorporá-la, um Estado não possa fazer essa ressalva. À semelhança do que se passa, aliás, com a Convenção de Nova York de 1958 que, sendo embora uma convenção universal, admite que um Estado que a ela se vincule formule uma reserva no sentido de a sua aplicação ficar dependente da reciprocidade (artigo 1 deste diploma convencional). Decorre da diversa estrutura dos dois instrumentos — a convenção e a lei-modelo — a desnecessidade de uma expressa previsão do ponto no presente contexto; ao que acresce que uma tal previsão não se acomodaria muito bem com a intenção unificadora que presidiu à elaboração do texto em análise.

No parágrafo 2 do artigo 35º enunciam-se as condições que devem estar preenchidas para que uma parte possa invocar a sentença arbitral ou pedir a sua execução. Aí se prescreve que essa parte deve fornecer o original da sentença, devidamente autenticado, ou uma cópia certificada conforme, bem como o original da convenção de arbitragem, ou uma cópia certificada conforme; mais se acrescenta que, se a sentença ou a convenção de arbitragem não estiverem redigidas numa língua oficial do Estado que incorpora a Lei-Modelo (e onde se põe o problema do reconhecimento ou da execução), deverá a parte interessada no reconhecimento facultar uma tradução devidamente certificada nesta língua.

As condições ora referidas justificam-se de *per si* e traduzem a exigência de duas notas comumente consideradas como atributos indispensáveis de todo o documento que se pretenda ver reconhecido e executado como sentença (judicial ou arbitral) — a sua autenticidade e a inteligibilidade da decisão nele contida. No sistema da Lei-Modelo, tais condições representam o máximo de rigor de que o Estado que a incorpora pode usar no reconhecimento e execução das sentenças arbitrais ⁽¹⁹⁰⁾: trata-se, pois, de uma norma cujo

(190) Muito embora esta precisão não resulte do texto do art. 35º, ela é feita em nota de pé de página a esta disposição.

conteúdo apenas poderá ser afastado pelos Estados no sentido de aligeirar ainda mais o processo de reconhecimento. Não poderá, designadamente, exigir-se que a sentença a reconhecer ou a executar tenha sido registada ou depositada num tribunal do país em cujo território foi proferida.

B) *Fundamentos de recusa do reconhecimento ou da execução*

70. No artigo 36º da Lei-Modelo enunciam-se, no parágrafo 1, com carácter taxativo, os fundamentos de recusa do reconhecimento ou da execução de toda e qualquer sentença arbitral proferida no âmbito de uma arbitragem comercial internacional, entendida nos termos do artigo 1º da Lei-Modelo.

Tais fundamentos correspondem, por um lado, aos que na Convenção de Nova York de 1958 justificam a oposição ao reconhecimento ou à execução (artigo 5º) e alinham-se, por outro, na generalidade, com aqueles que vimos poderem ser invocados como causas de anulação da sentença arbitral. No que à Convenção de Nova York se refere, entendendo-se ter a prática demonstrado a razoabilidade e suficiência de tais fundamentos — não havendo assim razão para inovar —, seria de toda a conveniência evitar desarmonias normativas, já que se pretende que ambos os instrumentos venham a ser aceites pelo maior número possível de Estados. Quanto às razões que justificam o alinhamento, no âmbito da Lei-Modelo, dos fundamentos de anulação da sentença, com as causas de recusa do reconhecimento, já atrás nos pronunciámos e para lá remetemos ⁽¹⁹¹⁾.

Do mesmo modo que vimos acontecer em sede de anulação, também aqui os fundamentos de recusa do reconhecimento ou da execução nos aparecem sob duas modalidades: ou carecendo de ser alegados pela parte contra a qual a sentença é invocada (parágrafo 1, alínea a)), ou podendo ser conhecidos *ex officio* pelo tribunal (alínea b) do mesmo parágrafo).

No que a toca a estes últimos, são eles precisamente os mesmos que encontramos no artigo 34º, parágrafo 2, alínea b): a não arbitrabilidade do

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. *supra*, nº 63.

objecto do diferendo sujeito à arbitragem (I) e a contrariedade da decisão arbitral à ordem pública do Estado do foro (II). Sobre o âmbito da previsão destas disposições e respectiva justificação, veja-se o que atrás deixámos dito, a este propósito, em sede de anulação da sentença ⁽¹⁹²⁾ uma vez que tal âmbito e justificação são idênticos aos da presente situação.

Também no que respeita aos fundamentos que têm que ser invocados (pela parte interessada no não reconhecimento ou na recusa de execução) encontramos aqui reproduzidos aqueles que vimos poderem fundamentar um pedido de anulação da sentença: a incapacidade de uma parte na convenção de arbitragem ou a nulidade desta convenção (I), o desrespeito dos direitos da defesa (II), o excesso de poderes do tribunal arbitral (III) e a irregularidade da constituição do tribunal arbitral (IV). Do mesmo modo que vimos acontecer com a espécie de fundamentos já referida, também aqui o alcance e a justificação são idênticos aos que as mesmas causas apresentam em matéria de anulação — o que nos dispensa de repetir o que atrás deixámos dito ⁽¹⁹³⁾.

Apenas há que assinalar diferenças quanto ao regime do último fundamento apontado. Como vimos, em matéria de anulação, a irregularidade da constituição do tribunal arbitral ou do processo arbitral tem de aferir-se pelo disposto na convenção das partes, mas na condição de que esta convenção não contrarie as regras imperativas da Lei-Modelo; na falta de convenção, aquela irregularidade deve avaliar-se de acordo com esta Lei. Já em matéria de reconhecimento, muito embora a verificação de tais irregularidades se tenha de reportar igualmente à convenção das partes, se a houver, duas diferenças há a assinalar. Não só não se faz qualquer ressalva das regras imperativas da Lei-Modelo como limite à liberdade de convenção das partes, como, a título subsidiário, não é a Lei-Modelo mas a lei do Estado onde foi proferida a sentença arbitral que constitui o padrão utilizado para averiguar da regularidade da constituição do tribunal ou do processo arbitral. A diferença cifra-se, assim, na evicção, nesta sede, da referência à Lei-Modelo *qua tale*, o que se bem justifica, pois estes preceitos podem vir a aplicar-se não só às arbitragens conduzidas nos termos da Lei-Modelo, como a outras arbitragens comerciais in-

⁽¹⁹²⁾ Cfr. *supra*, n.º 65.

⁽¹⁹³⁾ Cfr. *supra*, n.º 64.

ternacionais (definidos estes termos como o faz a Lei-Modelo — artigo 1º, parágrafos 1 e 3 ⁽¹⁹⁴⁾ ⁽¹⁹⁵⁾). Mas note-se que, tendo-se consagrado como critério subsidiário a intervenção da lei do Estado onde foi proferida a sentença, ainda se virá a aplicar a Lei-Modelo sempre que esse Estado a tenha incorporado.

Para além, porém, dos fundamentos apontados e que vimos serem comuns à anulação e ao reconhecimento e execução da sentença arbitral, surgenos, neste último domínio, um fundamento suplementar, na sub-alínea V da alínea a) do parágrafo 1 do artigo 36º: pode ser causa de recusa de reconhecimento ou de execução da sentença, a ser invocada e provada pela parte interessada, o facto de a sentença não se ter tornado ainda obrigatória para as partes ou ter sido anulada ou suspensa por um tribunal do Estado no qual, ou em virtude da lei do qual, a sentença foi proferida.

Com o presente motivo de recusa do reconhecimento ou da execução pretende-se evitar que sejam dados efeitos, no país que incorpora a Lei-Modelo e onde se pede o reconhecimento ou a execução, a uma sentença que não representa — não representa já, ou não representa ainda — uma decisão vinculativa para as partes. E isto porque, ou a sentença foi entretanto anulada, no primeiro caso; ou não possui ainda carácter obrigatório (por não constituir caso julgado material ou formal ou por ter sido suspensa). Compreende-se perfeitamente este dispositivo: traduzindo-se o reconhecimento de uma sentença na extensão a outra ordem jurídica dos efeitos que ela produz no ordenamento onde foi proferida — para assim se garantir a continuidade das situações jurídicas — fácil é concluir que não há lugar ao reconhecimento, nos termos do artigo 35º, quando tais efeitos se não produzam no Estado onde a sentença foi pronunciada.

A fim de dar toda a latitude ao princípio que informa a sub-alínea V, que acabamos de analisar, e de evitar processos judiciais concorrentes fundados em motivos idênticos (e, porventura, decisões divergentes), vem o parágrafo 2 do artigo 36º prescrever que, se um pedido de anulação ou de suspensão for apresentado no tribunal identificado naquela sub-alínea, o tribunal a quem foi pedido o reconhecimento ou a execução dessa mesma sentença pode,

(194) Cfr. *supra*, n.ºs 8 e 9.

(195) Ressalvada a hipótese de, inspirado pelo princípio da reciprocidade, um Estado, ao incorporar a Lei-Modelo, limitar a actuação do mecanismo do reconhecimento nela contido às sentenças provenientes dos Estados que igualmente a tenham adoptado.

se o julgar apropriado, adiar a sua decisão; e pode também, a pedido da parte que pede o reconhecimento ou a execução, ordenar à outra parte a prestação de garantias adequadas. Quanto a esta última faculdade concedida ao tribunal, justifica-se ela pela necessidade de encontrar um certo equilíbrio entre os interesses conflitantes das partes, funcionando também porventura como factor de dissuasão de possíveis manobras dilatórias.

74. Quanto à nossa ordem jurídica, onde se garante também o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais, há a distinguir entre as sentenças proferidas em Portugal e as pronunciadas no estrangeiro.

No que às primeiras diz respeito, temos de entrar em linha de conta com o disposto no artigo 29º do Decreto-Lei nº 243/84, de 17 de Julho, nos termos do qual e como já vimos, ao tratar da anulação da sentença arbitral no nosso direito, a decisão dos árbitros tem a mesma força executiva que a sentença do tribunal judicial.

Ainda nos termos deste diploma, agora no seu artigo 34º, constatamos que, à semelhança do que acontece na Lei-Modelo, podem alegar-se, em oposição à execução (que corre no tribunal judicial de primeira instância, nos termos gerais da lei de processo civil, consoante dispõe o número 1 do artigo 35º), os fundamentos invocáveis para fazer anular a sentença, mesmo depois de decorrido o prazo para intentar a acção de anulação.

Quais sejam esses fundamentos já o deixámos referido quando tratámos precisamente desta última questão, pelo que não se justifica repetir o que então dissémos ⁽¹⁹⁶⁾. Acrescente-se apenas que ora se precisa que são do conhecimento officioso do tribunal as causas de oposição à execução fundadas na contraditoriedade da decisão à ordem pública e na não arbitrabilidade do litígio (número 2 do artigo 35º).

O referido artigo 35º da nossa lei contém ainda duas disposições em matéria de execução da decisão: no nº 4, que podemos considerar correspondente ao parágrafo 2 do artigo 36º da Lei-Modelo, permite-se que o tribunal possa ordenar, nos casos de recurso contra a decisão que confira força executiva ao julgado arbitral, ou em que se requeira a anulação da sentença arbitral, que a execução seja suspensa até ao julgamento do recurso. Atente-se,

⁽¹⁹⁶⁾ Cfr. *supra*, n.º 67.

contudo, na incongruência que representa a alusão feita neste preceito a uma “decisão que confira força executiva ao julgado arbitral”, face ao disposto no artigo 29º, que estabelece expressamente que “a decisão dos árbitros tem a mesma força executiva que a sentença do tribunal judicial”. De igual defeito padece o número 3 do mesmo artigo que, em face do que fica dito, nos aparece desprovido de qualquer sentido: “A decisão que confere força executiva ao julgado arbitral fica sem efeito, se este for anulado”.

72. Quanto ao reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras, é também ele admitido na nossa ordem jurídica — assim, o artigo 1 094º, número 1, do Código de Processo Civil é expresso no sentido da admissibilidade em Portugal dos efeitos das decisões sobre direitos privados proferidas por árbitros no estrangeiro. Porém, nos termos do mesmo preceito, tais sentenças terão, como aliás as judiciais, de ser revistas e confirmadas ⁽¹⁹⁷⁾.

Muito embora aquele preceito ressalve a possibilidade de regimes especiais contidos em tratados internacionais, o único instrumento deste tipo a que o país se encontra vinculado, nesta matéria — a Convenção de Genève de 1927 sobre o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras — não dispensa a confirmação, ao dispor no seu artigo 1º que serão aplicáveis ao reconhecimento e execução as regras de processo seguidas no território onde a sentença for invocada.

No quadro desta Convenção ⁽¹⁹⁸⁾, os países a ela vinculados comprometem-se a reconhecer as sentenças arbitrais, proferidas ao abrigo de um compromisso ou cláusula compromissória prevista pelo Protocolo relativo às cláusulas de arbitragem (também de Genève, de 1923), mas apenas se tais sentenças tiverem sido pronunciadas no território de um dos Estados partes na Convenção, e entre pessoas sujeitas à jurisdição de um desses Estados. Ademais desta condição, exige ainda a segunda parte do artigo 1º o preenchimento de cinco pressupostos: validade da cláusula compromissória, nos ter-

(197) Competente para tal revisão é, nos termos do artigo 1 095º, o tribunal da Relação do distrito judicial em que esteja domiciliada a pessoa contra quem se pretenda fazer valer a sentença.

(198) Cujo âmbito de aplicação se vai progressivamente reduzindo, à medida que os Estados que a ratificaram ou a ela aderiram se forem vinculando à Convenção de Nova York, uma vez que, para os países que adoptarem posteriormente este instrumento, ele substitui o anterior nas relações entre si (artigo 7º, 2, da Convenção de Nova York). Cfr. *supra*, Introdução, nº 3.

mos da legislação que lhe é aplicável; arbitrabilidade do objecto do litígio; regularidade da constituição do tribunal arbitral e do processo nele seguido, de acordo com as regras aplicáveis; carácter definitivo da sentença no país onde tenha sido pronunciada ⁽¹⁹⁹⁾; e, finalmente, não contrariedade da sentença à ordem pública ou aos princípios do direito do país onde for invocada.

Nos termos do artigo 4º da Convenção, a parte que invocar a sentença ou requerer a sua execução deverá fornecer o original da sentença ou uma cópia que, nos termos da lei do país onde foi pronunciada, reúna os requisitos necessários para a sua autenticidade, os documentos ou informações comprovativos do carácter definitivo da sentença no país onde foi proferida e, sendo necessário, documentos e informações comprovativos das condições previstas no artigo 1º, partes 1 e 2, alíneas a) e c): validade da cláusula compromissória e regularidade da constituição do tribunal e do processo nele seguido. Poderá ainda exigir-se uma tradução da sentença e demais documentos referidos neste artigo 4º, feita na língua oficial do país onde for invocada a sentença.

Ainda que cumpridos os requisitos acabados de enunciar, o reconhecimento e a execução podem mesmo assim ser denegados se e quando o juiz verificar a existência de um de três condicionalismos: que a sentença haja sido anulada no país onde fora pronunciada; que não tenham sido observados os direitos da defesa; e que os árbitros, ao proferi-la, tenham excedido os seus poderes.

Nos casos em que o sistema da Convenção de Genève não é aplicável no nosso país — seja porque a sentença arbitral foi proferida no território de um Estado que não adoptou este instrumento, seja porque as partes intervenientes no processo arbitral não estão ambas sujeitas à jurisdição dos Estados a ela vinculados — vale, para a confirmação da sentença arbitral, nos termos do artigo 1 097º do Código de Processo Civil, o mesmo regime de que em Portugal depende o reconhecimento das sentenças judiciais estrangeiras.

Tal regime implica o preenchimento de certas condições, elencadas nas várias alíneas do artigo 1 096º do Código de Processo Civil, algumas das

(199) Por tal se entendendo que a sentença não seja susceptível de oposição, apelação ou revista e que a sua validade não esteja a ser objecto de contestação em juízo. Por aqui se vê, cremos, que a exigência do carácter definitivo não implica o duplo *exequatur*, ou seja, a homologação por parte do tribunal do país que proferiu a sentença. No mesmo sentido, JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, (n. 7), pp. 302 e ss..

quais se reconduzem no essencial às que vimos serem requeridas pelos artigos 35º e 36º da Lei-Modelo, aparecendo-nos outras como exigências particulares feitas pelo nosso legislador.

Pertencem àquela primeira categoria a autenticidade do documento de que consta a sentença e a inteligibilidade da decisão (alínea a)), o trânsito em julgado da sentença, segundo a lei do país em que foi proferida (alínea b)), a competência internacional do tribunal sentenciador (alínea c)), o respeito dos direitos da defesa (alínea e)) e a conformidade da decisão à ordem pública portuguesa (alínea f)). No segundo grupo de condições exige-se, por um lado, que não exista em Portugal litispendência ou caso julgado sobre a questão objecto da sentença revidenda (a menos que o tribunal estrangeiro tenha sido demandado em primeiro lugar) (alínea d)) e que, tendo a sentença sido proferida contra português e sendo aplicável, nos termos das regras de conflitos portuguesas, o direito interno português, a decisão não tenha violado as disposições deste direito (alínea g)) ⁽²⁰⁰⁾.

A manutenção, na ordem jurídica portuguesa, uma vez incorporada no nosso país a Lei-Modelo, de condições adicionais às contidas nesta Lei ou formuladas em termos mais amplos, implicará, como vimos, que tal seja expressamente afirmado no acto de incorporação. Observe-se porém, que, quanto a nós, o sistema contido na Lei-Modelo é, no seu todo, preferível ao nosso, em sede de arbitragem comercial internacional. Daí que sejamos de parecer que Portugal, se vier a incorporar a Lei-Modelo, não deverá introduzir-lhe modificações neste domínio.

⁽²⁰⁰⁾ Para uma análise destas condições, cfr. FERRER CORREIA, (n.23). e *O reconhecimento das sentenças estrangeiras no direito brasileiro e no direito português*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 116, pp. 33 e ss., e FERNANDES COSTA, *Direitos Adquiridos e Reconhecimento das Sentenças Estrangeiras*, Coimbra, 1983.

L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

(Résumé)

Dans ce travail, il est question du cadre juridique de l'arbitrage commercial international. Après avoir mis en relief l'importance de cette méthode de règlement des différends issus des transactions commerciales, référence est faite aux plusieurs textes, d'origine soit nationale soit internationale, qui contiennent une réglementation juridique, ou bien globale ou bien partielle, de cette matière.

Les auteurs se penchent ensuite sur le dernier instrument international qui établit un régime juridique pour l'ensemble des questions impliquées par l'arbitrage commercial international: La Loi-Type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, adoptée par cette Commission des Nations Unies, à Vienne, le 21 juin 1985.

Le but de cet étude est l'analyse de ce document et la comparaison des solutions y retenues avec celles en vigueur au Portugal au sujet de l'arbitrage.

C'est ainsi qu'on commence par faire référence aux dispositions générales, c'est-à-dire, celles qui ont trait soit au domaine d'application, soit à l'interprétation du texte même, soit encore aux rapports entre le mécanisme arbitral et la procédure judiciaire. Il vient après la considération du fait générateur de la procédure arbitrale — la convention d'arbitrage; à ce propos, il n'est question que de sa définition et de sa validité quant à la forme et aussi des effets de l'existence de cette convention sur certaines actions judiciaires.

Sur la procédure arbitrale elle-même, on commence par analyser en détail la composition du tribunal arbitral (en prévoyant les plusieurs incidents qui peuvent avoir lieu à ce stade), pour envisager après les questions soulevées à propos de la compétence du tribunal arbitral. Une fois vérifiée l'adoption, par la Loi-Type, du ci-nommé principe de la *Kompetenz-Kompetenz*, on considère ensuite la possibilité du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires.

L'attention des auteurs est alors attirée par le problème de la conduite de la procédure arbitrale, qui fait l'objet d'un commentaire détaillé, vu le soin avec lequel le législateur uniforme a réglementé cette matière. C'est ainsi qu'on trouve, d'un côté, les principes généraux qui président à l'organisation de la procédure, et d'un autre, la réglementation des phases qui s'ensuivent dans le déroulement de la procédure.

On arrive après au stade terminal de la procédure, y incluses toutes les questions qui ont trait soit à l'élaboration de la sentence soit à la clôture de la procédure arbitrale. On doit remarquer que la Loi-Type contient une disposition se rapportant aux règles applicables au fond du différend; ici, comme d'ailleurs en ce que concerne la procédure, l'autonomie des parties est largement reconnue. C'est encore par application de ce même principe d'autonomie que le règlement par accord des parties est admis.

Les deux derniers chapitres de l'étude sont consacrés aux normes de la Loi-Type qui règlent et la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale: on constate, à ce propos, que le législateur uniforme a eu le soin d'édicter, pour ces deux problèmes, une réglementation parallèle.

Il ressort de ce travail, envisagé dans son ensemble, que, d'après les auteurs, la réglementation contenue dans la Loi-Type s'avère convenable et doit alors être reconnue en tant que modèle par les législateurs nationaux. En fait, ayant à l'esprit, soit le caractère global de l'approche qui est la sienne, soit l'adéquation des solutions présentées aux spécificités de l'arbitrage commercial international, on aboutit à la conclusion que la Loi-Type se présente comme un outil remarquable qui devra être considéré par ceux qui souhaitent arriver à une harmonisation juridique dans ce domaine.

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

(Summary)

This work deals with juridical framework of international commercial arbitration. First of all, the authors underline the importance of this method of settlement of disputes arising from international commercial transactions. In this context, reference is made to the several national or international instruments dealing with this subject-matter.

Then, they analyse the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration adopted by this United Nations Commission on 21st June 1985, comparing their solutions with those that are in force in Portugal on arbitration.

The Model Law begins with a set of provisions of a general character that are concerned with his scope of application, definitions and rules of interpretation, receipt of written communications, waiver of right to object and the relationship between the arbitral procedure and judicial proceedings. Then, reference is made to the definition and formal validity of the arbitration agreement; in this context, relationship between arbitration agreement and substantive claims before court is also considered.

On arbitral procedure itself, attention is given to the several questions arising from the composition of arbitral tribunal. After, comes the problem of jurisdiction of arbitral tribunal, where principle of *kompetenz-kompetenz* is adopted and the power of the arbitral tribunal to order interim measures is consecrated.

Conduct of arbitral proceedings is then considered in detail. Here, we find reference to the general principles on the matter and to the regulation of the different phases of the procedure.

We come after to the last stand of the proceedings, where the questions of the making award and termination of proceedings are solved. In this

context, the Model Law refers itself expressly to the problem of applicable law to substance of dispute. In this matter, as it arrives in the subject of procedure, the autonomy of the parties is widely recognized; this freedom includes also the possibility given to the parties themselves to settle the dispute during the arbitral proceedings.

Last two chapters deal with the dispositions of the Model Law on the sole action for attacking award and the recognition and enforcement of awards, matters that are treated in harmony.

The advice of the authors is in the sense that the Model Law is a suitable basis to promote harmonisation of national legislations in the field of international commercial arbitration.

DIE INTERNATIONALE HANDELSCHIEDSGERICHTSBARKEIT

(Zusammenfassung)

Die vorstehende Arbeit befasst sich mit dem rechtlichen Rahmen der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Nachdem die Bedeutung dieser Methode, aus internationalen Handelsgeschäften berrührende Streitigkeiten zu regeln, herausgestellt wurde, nehmen die Autoren bezug auf verschiedenen Texte, teils nationaler teils internationaler Herkunft, die eine umfassende oder teilweise rechtliche Regelung dieser Materie enthalten.

Anschliessend behandeln die A. das jüngste internationale Instrument, das eine rechtliche Regelung für den gesamten mit der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zusammenhängenden Fragenkomplex aufstellt, nämlich das Modellgesetz der UNCITRAL über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, welches von diesen Kommission der Vereinten Nationen am 21.Juni.1985 in Wien angenommen wurde.

Die vorstehende Arbeit zielt nun dahin ab, das gennante Instrument zu analysieren und die in ihm gefundenen Lösungen mit den in Portugal geltenden entsprechenden Bestimmungen zu vergleichen.

Als erstes wird somit auf die allgemeinen Bestimmungen eingegangen, d. h. auf diejenigen, die sich auf den Anwendungsbereich, die Auslegung des Textes selbst oder noch das Verhältnis zwischen Schieds- und Gerichtsverfahren beziehen.

Danach wird der das Schiedsverfahren erst ermöglichende Faktor erwähnt: die Schiedsvereinbarung. Dabei ist jedoch nur die Form in Betracht Kommt, und von den Auswirkungen des Bestehens einer solchen Vereinbarung auf bestimmte gerichtliche Klagen.

In bezug auf das Schiedsverfahren selbst wird zunächst eingehend die Zusammensetzung des Schiedsgerichts untersucht (wobei die verschiedenen in diesem Stadium möglichen Fragen aufgeworfen werden), um danach die hinsichtlich der Zuständigkeit des Schiedsgerichts auftretenden Probleme anzugehen. Da das Modellgesetz das sogenannte Prinzip der Kompetenz-Kompetenz angenommen hat, wird die Anordnung vorläufiger Massnahmen durch das Schiedsgericht als möglich angesehen.

Die Aufmerksamkeit der A. wendet sich dann der Frage der Leitung des Schiedsverfahrens zu, die angesichts der Sorgfalt, mit der der einheitliche Gesetzgeber die Materie geregelt hat, Gegenstand einer detaillierten Kommentierung ist.

So begegnet man einerseits den allgemeinen Grundsätzen, die für die Organisation des Verfahrens massgebend sind, und andererseits der Regelung der einzelnen Verfahrensabschnitte.

Danach wird das abschliessende Stadium des Verfahrens mit allen von der Urteilsanfertigung bis zur Beendigung des Schiedsverfahrens zusammenhängenden Fragen behandelt. Diesbezüglich muss angemerkt werden, dass das Modellgesetz eine Bestimmung über die auf den Streitgrund anwendbaren Regeln enthält; hierin ist, wie auch in anderen das Verfahren anerkannt. In Befolgung dieses Grundsatzes der Parteiautonomie ist auch die Streitregelung durch Vereinbarung zulässig.

Die beiden letzten Kapitel der Arbeit sind den Normen des Modellgesetzes gewidmet, welche sowohl das einzig zulässige Rechtsmittel gegen das Schiedsurteil (die Anfechtungsklage) als auch dessen Anerkennung und Vollstreckung regeln. Diesbezüglich wird festgestellt, dass der einheitliche Gesetzgeber die Sorgfalt aufwandte, für beide Probleme eine parallele Regelung zu treffen.

Nach Meinung der Autoren ergibt sich aus der vorstehenden Arbeit insgesamt gesehen, dass die Regelung des Modellgesetzes sich als angemessen erweist und insoweit als Modell für die nationalen Gesetzgeber anerkannt werden muss. In der Tat, angesichts der umfassenden Weise, in der es die Probleme angeht, wie auch der Angemessenheit der vorgeschlagenen Lösungen für die Besonderheiten der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, gelangt man zu dem Schluss, dass das Modellgesetz ein bemerkenswertes Instrument darstellt, das von all denen berücksichtigt werden muss, die eine rechtliche Harmonisierung auf diesem Gebiet zu erreichen wünschen.

ANEXO

**LEI MODELO DA CNUDCI SOBRE A ARBITRAGEM
COMERCIAL INTERNACIONAL**

(aprovada pela Comissão das Nações Unidas para
o Direito do Comércio Internacional em 21 de Junho de 1985)

ANNEXE

**LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'ARBITRAGE
COMMERCIAL INTERNATIONAL**

(telle qu'adoptée par la Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international le 21 Juin 1985)

ANNEX

**UNCITRAL MODEL LAW ON
INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION**

(As adopted by the United Nations Commission on International
Trade Law on 21 June 1985)

DISPOSITIONS GENERALES

GENERAL PROVISIONS

Article 1

Article 1

*Champ d'application ***Scope of application **

1. La présente loi s'applique à l'arbitrage commercial ** international; elle ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent Etat.

1. This Law applies to international commercial ** arbitration, subject to any agreement in force between this State and any other State or States.

2. Les dispositions de la présente loi, à l'exception des articles 8, 9, 35 et 36, ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent Etat.

2. The provisions of this Law, except articles 8, 9, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State.

3. Un arbitrage est international si:

3. An arbitration is international if:

- a) les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des Etats différents; ou,
- b) un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement:

- a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or
- b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business:

* Les titres des articles sont destinés uniquement à faciliter la lecture du texte et ne doivent pas être utilisés à des fins d'interprétation.

* Article headings are for reference purposes only and are not to be used for purposes of interpretation.

** Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes: toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concession; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

** The term "commercial" should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business co-operation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road.

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 1

*Campo de Aplicação **

1. A presente Lei aplica-se à arbitragem comercial ** internacional; ela não contende com qualquer acordo multilateral ou bilateral a que o presente Estado se encontra vinculado.

2. As disposições da presente Lei, à excepção dos artigos 8, 9, 35 e 36, só se aplicam se o lugar da arbitragem estiver situado no território do presente Estado.

3. Uma arbitragem é internacional se:

- a) as partes numa convenção de arbitragem tiverem, no momento da conclusão desta Convenção, o seu estabelecimento em Estados diferentes; ou
- b) um dos lugares a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm o seu estabelecimento:

* Os títulos dos artigos destinam-se unicamente a facilitar a leitura do texto e não devem ser utilizados para fins de interpretação.

** O termo “comercial” haverá de ser interpretado em sentido amplo, de tal modo que abranja as questões suscitadas por qualquer relação de carácter comercial, contratual ou extra-contratual. As relações de natureza comercial compreendem, sem a isso se limitarem, as seguintes transacções: qualquer transacção comercial relativa ao fornecimento ou troca de mercadorias ou de serviços; acordo de distribuição; representação comercial; *factoring*; locação financeira; construção de fábricas; prestação de serviços de consultadoria; *engineering*; contratos de licenças; investimentos; financiamento; transacções bancárias; seguros; acordos de exploração ou de concessão; *joint ventures* e outras formas de cooperação industrial ou comercial; transporte de mercadorias ou de passageiros por via aérea, marítima, ferroviária ou rodoviária.

- i) le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention;
- ii) tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit; ou,
- c) les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays.

4. Aux fins du paragraphe 3 du présent article,

- a) si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage,
- b) si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

5. La présente loi ne porte atteinte à aucune autre loi du présent Etat en vertu de laquelle certains différends ne peuvent être soumis à l'arbitrage ou ne peuvent l'être qu'en application de dispositions autres que celles de la présente loi.

Article 2

Définitions et règles d'interprétation

Aux fins de la présente loi:

- a) Le terme "arbitrage" désigne tout arbitrage que l'organisation en soit ou non confiée à une institution permanente d'arbitrage;
- b) L'expression "tribunal arbitral" désigne un arbitre unique ou un groupe d'arbitres;

i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;

ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or

c) the parties have expressly agreed that the subject-matter of the arbitration agreement relates to more than one country.

4. For the purposes of paragraph (3) of this article:

a) if a party has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the arbitration agreement;

b) if a party does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residence.

5. This Law shall not affect any other law of this State by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only according to provisions other than those of this Law.

Article 2

Definitions and rules of interpretation

For the purposes of this Law:

a) "arbitration" means any arbitration whether or not administered by a permanent arbitral institution;

b) "arbitral tribunal" means a sole arbitrator or a panel of arbitrators;

- i)* o lugar da arbitragem, se este estiver fixado na convenção de arbitragem ou for determinável de acordo com esta;
 - ii)* qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o lugar com o qual o objecto do litígio se ache mais estreitamente conexo; ou
 - c)* as partes tiverem convencionado expressamente que o objecto da convenção de arbitragem tem conexões com mais de um país.
4. Para os fins do parágrafo 3 do presente artigo,
- a)* se uma parte tiver mais de um estabelecimento, o estabelecimento a tomar em consideração é aquele que tem a relação mais estreita com a convenção de arbitragem;
 - b)* se uma parte não tiver estabelecimento, releva para este efeito a sua residência habitual.

5. A presente Lei não contende com qualquer outra lei do presente Estado em virtude da qual certos litígios não possam ser submetidos à arbitragem ou apenas o possam ser por aplicação de disposições diferentes das da presente Lei.

Artigo 2

Definições e regras de interpretação

Para os fins da presente Lei:

- a)* O termo “arbitragem” designa toda e qualquer arbitragem, quer a sua organização seja ou não confiada a uma instituição permanente de arbitragem;
- b)* a expressão “tribunal arbitral” designa um árbitro único ou um grupo de árbitros;

- c) Le terme “tribunal” désigne un organisme ou organe du système judiciaire d’un Etat;
- d) Lorsqu’une disposition de la présente loi, à l’exception de l’article 28, laisse aux parties la liberté de décider d’une certaine question, cette liberté emporte le droit pour les parties d’autoriser un tiers, y compris une institution, à décider de cette question;
- e) Lorsqu’une disposition de la présente loi se réfère au fait que les parties sont convenues ou peuvent convenir d’une question, ou se réfère de toute autre manière à une convention des parties, une telle convention englobe tout règlement d’arbitrage qui y est mentionné;
- f) Lorsqu’une disposition de la présente loi, autre que celles du paragraphe a) de l’article 25 et de l’alinéa 7 a) de l’article 32, se réfère à une demande, cette disposition s’applique également à une demande reconventionnelle et lorsqu’elle se réfère à des conclusions en défense, elle s’applique également à des conclusions en défense sur une demande reconventionnelle.

Article 3

Réception de communications écrites

- 1) Sauf convention contraire des parties,
 - a) toute communication écrite est réputée avoir été reçue si elle a été remise soit à la personne du destinataire, soit à son établissement, à sa résidence habituelle ou à son adresse postale; si aucun de ces lieux n’a pu être trouvé après une enquête raisonnable, une communication écrite est réputée avoir

- c) “court” means a body or organ of the judicial system of a State;
- d) where a provision of this Law, except article 28, leaves the parties free to determine a certain issue, such freedom includes the right of the parties to authorize a third party, including an institution, to make that determination;
- e) where a provision of this Law refers to the fact that the parties have agreed or that they may agree or in any other way refers to an agreement of the parties, such agreement includes any arbitration rules referred to in that agreement;
- f) where a provision of this Law, other than in articles 25 (a) and 32 (2) (a), refers to a claim, it also applies to a counter-claim, and where it refers to a defence, it also applies to a defence to such counter-claim.

Article 3

Receipt of written communications

- 1. Unless otherwise agreed by the parties:
 - a) any written communication is deemed to have been received if it is delivered to the addressee personally or if it is delivered at his place of business, habitual residence or mailing address; if none of these can be found after making a reasonable inquiry, a written communication is deemed to

- c) o termo “tribunal” designa um organismo ou órgão do sistema judiciário de um Estado;
- d) quando uma disposição da presente Lei, com excepção do artigo 28, deixa às partes a liberdade de decidir uma certa questão, esta liberdade compreende o direito de as partes autorizarem um terceiro, aí incluída uma instituição, a decidir essa questão;
- e) quando uma disposição da presente Lei se refere ao facto de as partes terem convencionado ou poderem vir a chegar a acordo a respeito de certa questão, ou de qualquer outra maneira se refere a um acordo das partes, tal acordo engloba qualquer regulamento de arbitragem aí referido;
- f) quando uma disposição da presente Lei, à excepção do artigo 25, alínea a), e do artigo 32, parágrafo 2, alínea a), se refere a um pedido, esta disposição aplica-se igualmente a um pedido reconvenicional, e quando ela se refere a alegações de defesa, aplica-se igualmente às alegações de defesa relativas a um pedido reconvenicional.

Artigo 3

Recepção de comunicações escritas

- 1. Salvo convenção das partes em contrário,
 - a) considera-se recebida qualquer comunicação escrita se ela foi entregue quer à pessoa do destinatário, quer no seu estabelecimento, na sua residência habitual ou no seu endereço postal; se nenhum destes locais puder ser encontrado após uma indagação razoável, considera-se recebida uma comunicação escrita se ela foi enviada para o estabeleci-

été reçue si elle a été envoyée au dernier établissement, à la dernière résidence habituelle ou à la dernière adresse postale connus du destinataire par lettre recommandée ou tout autre moyen attestant la tentative de remise;

b) la communication est réputée avoir été reçue le jour d'une telle remise.

2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux communications échangées dans le cadre de procédures judiciaires.

Article 4

Renonciation au droit de faire objection

Est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection toute partie qui, bien qu'elle sache que l'une des dispositions de la présente loi auxquelles les parties peuvent déroger, ou toute condition énoncée dans la convention d'arbitrage, n'a pas été respectée, poursuit néanmoins l'arbitrage sans formuler d'objection promptement ou, s'il est prévu un délai à cet effet, dans ledit délai.

Article 5

Domaine de l'intervention des tribunaux

Pour toutes les questions régies par la présente loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit.

Article 6

Tribunal ou autre autorité chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage

Les fonctions mentionnées aux articles 11-3, 11-4, 13-3, 14, 16-3 et 34-2 sont confiées... (Chaque Etat adoptant la Loi type précise le tribunal, les tribunaux ou,

have been received if it is sent to the addressee's last-known place of business, habitual residence or mailing address by registered letter or any other means which provides a record of the attempt to deliver it;

b) the communication is deemed to have been received on the day it is so delivered.

2. The provisions of this article do not apply to communications in court proceedings.

Article 4

Waiver of right to object

A party who knows that any provision of this Law from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time-limit is provided therefor, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object.

Article 5

Extent of court intervention

In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided is this Law.

Article 6

Court or other authority for certain functions of arbitration assistance and supervision

The functions referred to in articles 11 3), 11 4), 13 3), 14, 16 3) and 34 2) shall be performed by... [Each State enacting this model law specifies the court,

mento, residência habitual ou endereço postal do destinatário por último conhecidos, através de carta registada ou de qualquer outro meio que prove que se procurou fazer a entrega;

b) a comunicação considera-se recebida no dia em que assim for entregue.

2. As disposições do presente artigo não se aplicam às comunicações feitas no âmbito de processos judiciais.

Artigo 4

Renúncia ao direito de oposição

Considera-se que renunciou ao seu direito de oposição qualquer parte que, embora sabendo que uma das disposições da presente Lei que as partes podem derrogar ou qualquer condição enunciada na convenção de arbitragem não foi respeitada, prossegue apesar disso a arbitragem sem deduzir oposição de imediato, ou, se estiver previsto um prazo para este efeito, no referido prazo.

Artigo 5

Âmbito de intervenção dos tribunais

Em todas as questões regidas pela presente Lei, os tribunais só podem intervir nos casos em que esta o prevê.

Artigo 6

Tribunal ou outra autoridade encarregada de certas funções de assistência e de controlo no quadro da arbitragem

As funções mencionadas nos artigos 11, parágrafos 3 e 4, 13, parágrafo 3, 14, 16, parágrafo 3, e 34, parágrafo 2, são confiadas... (Cada Estado, ao adoptar a Lei-Modelo, indica o tribunal, os tribunais ou, para os casos em

lorsqu'elle y est mentionnée, une autre autorité compétents pour s'acquitter de ces fonctions.)

courts or, where referred to therein, other authority competent to perform these functions.]

CHAPITRE II

CHAPTER II

CONVENTION D'ARBITRAGE

ARBITRATION AGREEMENT

Article 7

Article 7

Définition et forme de la convention d'arbitrage

Definition and form of arbitration agreement

1. Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage, tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

1. "Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

2. La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

2. The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in a exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defense in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.

que esta Lei o admitir, uma outra autoridade competente para desempenhar essas funções).

CAPÍTULO II

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Artigo 7

Definição e forma da convenção de arbitragem

1. “Convenção de arbitragem” é uma convenção pela qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção de arbitragem pode revestir a forma de uma cláusula compromissória num contrato ou a de uma convenção autónoma.

2. A convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito. Considera-se que uma convenção tem forma escrita quando constar de um documento assinado pelas partes ou de uma troca de cartas, *telex*, telegramas ou qualquer outro meio de telecomunicação que prove a sua existência, ou ainda da troca de alegações referentes à petição e à contestação na qual a existência de uma tal convenção for alegada por uma parte e não seja contestada pela outra. A referência num contrato a um documento que contenha uma cláusula compromissória equivale a uma convenção de arbitragem, desde que o referido contrato revista a forma escrita e a referência seja feita de tal modo que faça da cláusula uma parte integrante do contrato.

Article 8

*Convention d'arbitrage et actions
intentées quant
au fond devant un tribunal*

1. Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

2. Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué.

Article 9

*Convention d'arbitrage et mesures
provisoires prises par un tribunal*

La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires ou conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec une convention d'arbitrage.

CHAPITRE III

COMPOSITION
DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 10

Nombre d'arbitres

1. Les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres.

Article 8

*Arbitration agreement and substantive
claim before court*

1. A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

2. Where an action referred to in paragraph 1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

Article 9

*Arbitration agreement and interim
measures by court*

It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.

CHAPTER III

COMPOSITION OF ARBITRAL
TRIBUNAL

Article 10

Number of arbitrators

1. The parties are free to determine the number of arbitrators.

Artigo 8

Convenção de arbitragem e acções propostas quanto ao fundo do litígio num tribunal

1. O tribunal no qual foi proposta uma acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem, se uma das partes o solicitar até ao momento em que apresentar as suas primeiras alegações quanto ao fundo do litígio, remeterá as partes para a arbitragem, a menos que constate que a referida convenção se tornou caduca ou insusceptível de ser executada.

2. Quando tiver sido proposta num tribunal uma acção referida no parágrafo 1 do presente artigo, o processo arbitral pode apesar disso ser iniciado ou prosseguir, e ser proferida uma sentença, enquanto a questão estiver pendente no tribunal.

Artigo 9

Convenção de arbitragem e medidas provisórias tomadas por um tribunal

Não é incompatível com uma convenção de arbitragem a solicitação de medidas provisórias ou conservatórias feita por uma das partes a um tribunal, antes ou durante o processo arbitral, bem como a concessão de tais medidas pelo tribunal.

CAPÍTULO III

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

Artigo 10

Número de árbitros

1. As partes podem determinar livremente o número de árbitros.

2. Faute d'une telle convention, il est nommé trois arbitres.

Article 11

Nomination de l'arbitre ou des arbitres

1. Nul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties.

2. Les parties sont libres de convenir de la procédure de nomination de l'arbitre ou des arbitres, sans préjudice des dispositions des paragraphes 4 et 5 du présent article.

3. Faute d'une telle convention,

a) en cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux autres arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6;

b) en cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6.

4. Lorsque, durant une procédure de nomination convenue par les parties,

a) une partie n'agit pas conformément à ladite procédure, ou,

2. Failing such determination, the number of arbitrators shall be three.

Article 11

Appointment of arbitrators

1. No person shall be precluded by reason of his nationality from acting as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties.

2. The parties are free to agree on a procedure of appointing the arbitrator or arbitrators, subject to the provisions of paragraphs 4) and 5) of this article.

3. Failing such agreement,

a) in an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator; if a party fails to appoint the arbitrator within thirty days of receipt of a request to do so from the other party, or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within thirty days of their appointment, the appointment shall be made, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6;

b) in an arbitration with a sole arbitrator, if the parties are unable to agree on the arbitrator, he shall be appointed, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6.

4. Where, under an appointment procedure agreed upon by the parties,

a) a party fails to act as required under such procedure, or

2. Na falta de tal determinação, os árbitros serão em número de três.

Artigo 11

Nomeação de árbitros

1. Ninguém poderá, em razão da sua nacionalidade, ser impedido de exercer funções de árbitro, salvo convenção em contrário das partes.

2. As partes podem por acordo escolher livremente o processo de nomeação do árbitro ou dos árbitros, sem prejuízo das disposições dos parágrafos 4 e 5 do presente artigo.

3. Na falta de um tal acordo,

- a) no caso de uma arbitragem com três árbitros, cada uma das partes nomeia um árbitro e os dois árbitros assim nomeados escolhem o terceiro árbitro; se uma das partes não nomear o árbitro no prazo de trinta dias a contar da recepção de um pedido feito nesse sentido pela outra parte, ou se os dois árbitros não se puserem de acordo quanto à escolha do terceiro árbitro dentro de trinta dias a contar da respectiva designação, a nomeação é feita, a pedido de uma das partes, pelo tribunal ou outra autoridade referidos no artigo 6;

- b) no caso de uma arbitragem com um único árbitro, se as partes não puderem pôr-se de acordo sobre a escolha do árbitro, este será nomeado, a pedido de uma das partes, pelo tribunal ou outra autoridade referidos no artigo 6.

4. Quando, durante um processo de nomeação convencionado pelas partes,

- a) uma parte não agir em conformidade com o referido processo, ou

- b) les parties, ou deux arbitres, ne peuvent parvenir à un accord conformément à ladite procédure, ou,
- c) un tiers, y compris une institution, ne s'acquitte pas d'une fonction qui lui est conférée dans ladite procédure,

l'une ou l'autre partie peut prier le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 de prendre la mesure voulue, à moins que la convention relative à la procédure de nomination ne stipule d'autres moyens d'assurer cette nomination.

5. La décision sur une question confiée au tribunal ou autre autorité visé à l'article 6, conformément aux paragraphes 3 et 4 du présent article, n'est pas susceptible de recours. Lorsqu'il nomme un arbitre, le tribunal tient compte de toutes les qualifications requises de l'arbitre par convention des parties et de toutes considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et, lorsqu'il nomme un arbitre unique ou un troisième arbitre, il tient également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties.

Article 12

Motifs de récusation

1. Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. A partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties, à moins qu'il ne l'ait déjà fait.

2. Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son im-

- b) the parties, or two arbitrators, are unable to reach an agreement expected of them under such procedure, or
- c) a third party, including an institution, fails to perform any function entrusted to it under such procedure,

any party may request the court or other authority specified in article 6 to take the necessary measure, unless the agreement on the appointment procedure provides other means for securing the appointment.

5. A decision on a matter entrusted by paragraph 3) or 4) of this article to the court or other authority specified in article 6 shall be subject to no appeal. The court or other authority, in appointing an arbitrator, shall have due regard to any qualifications required of the arbitrator by the agreement of the parties and to such considerations as are likely to secure the appointment of an independent and impartial arbitrator and, in the case of a sole or third arbitrator, shall take into account as well the advisability of appointing an arbitrator of a nationality other than those of the parties.

Article 12

Grounds for challenge

1. When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.

2. An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality

- b) as partes, ou dois árbitros, não puderem chegar a um acordo nos termos do referido processo, ou
- c) um terceiro, aí incluída uma instituição, não cumprir uma função que lhe foi confiada no referido processo,

qualquer das partes pode pedir ao tribunal ou a outra autoridade referidos no artigo 6 que tome a medida pretendida, a menos que o acordo relativo ao processo de nomeação estipule outros meios de assegurar esta nomeação.

5. A decisão de uma questão confiada ao tribunal ou outra autoridade referidos no artigo 6, nos termos dos parágrafos 3 e 4 do presente artigo, é insusceptível de recurso. Quando nomear um árbitro, o tribunal terá em conta todas as qualificações exigidas a um árbitro pelo acordo das partes e tudo aquilo que for relevante para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial e, quando nomear um árbitro único ou um terceiro árbitro, ele terá igualmente em consideração o facto de que poderá ser desejável a nomeação de um árbitro de nacionalidade diferente da das partes.

Artigo 12

Fundamentos de recusa

1. Quando uma pessoa for sondada com vista à sua eventual nomeação como árbitro, ela fará notar todas as circunstâncias que possam levantar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência. A partir da data da sua nomeação e durante todo o processo arbitral, o árbitro fará notar sem demora às partes as referidas circunstâncias, a menos que já o tenha feito.

2. Um árbitro só pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam levantar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência,

partialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination.

Article 13

Procédure de récusation

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, les parties sont libres de convenir de la procédure de récusation de l'arbitre.

2. Faute d'un tel accord, la partie qui a l'intention de récuser un arbitre expose par écrit les motifs de la récusation au tribunal arbitral, dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle a eu connaissance de la constitution du tribunal arbitral ou de la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées à l'article 12 2). Si l'arbitre récusé ne se déporte pas ou que l'autre partie n'accepte pas la récusation, le tribunal arbitral se prononce sur la récusation.

3. Si la récusation ne peut être obtenue selon la procédure convenue par les parties ou en application du paragraphe 2 du présent article, la partie récusante peut, dans un délai de trente jours après avoir eu communication de la décision rejetant la récusation, prier le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 de prendre sur la récusation une décision qui ne sera pas susceptible de recours; dans l'attente de cette décision, le tribunal arbitral, y compris l'arbitre récusé, peut poursuivre la procédure arbitrale et rendre une sentence.

Article 14

Carence ou incapacité d'un arbitre

1. Lorsqu'un arbitre se trouve dans l'impossibilité de droit ou de fait de rem-

or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties. A party may challenge an arbitrator appointed by him, or in whose appointment he has participated, only for reasons of which he becomes aware after the appointment has been made.

Article 13

Challenge procedure

1. The parties are free to agree on a procedure for challenging an arbitrator, subject to the provisions of paragraph 3) of this article.

2. Failing such agreement, a party who intends to challenge an arbitrator shall, within fifteen days after becoming aware of the constitution of the arbitral tribunal or after becoming aware of any circumstance referred to in article 12 2), send a written statement of the reasons for the challenge to the arbitral tribunal. Unless the challenged arbitrator withdraws from his office or the other party agrees to the challenge, the arbitral tribunal shall decide on the challenge.

3. If a challenge under any procedure agreed upon by the parties or under the procedure of paragraph 2) of this article is not successful, the challenging party may request within thirty days after having received notice of the decision rejecting the challenge, the court or other authority specified in article 6 to decide on in challenge, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal, including the challenged arbitrator, may continue the arbitral proceedings and make an award.

Article 14

Failure or impossibility to act

1. If an arbitrator becomes *de jure* or *de facto* unable to perform his func-

ou se ele não possuir as qualificações que as partes convencionaram. Uma parte só pode recusar um árbitro que tiver nomeado ou em cuja nomeação tiver participado por uma causa de que apenas tenha tido conhecimento após esta nomeação.

Artigo 13

Processo de recusa

1. Sem prejuízo das disposições do parágrafo 3 do presente artigo, as partes podem, por acordo, escolher livremente o processo de recusa do árbitro.

2. Na falta de tal acordo, a parte que tiver intenção de recusar um árbitro deverá expor por escrito os motivos da recusa ao tribunal arbitral, no prazo de quinze dias a contar da data em que teve conhecimento da constituição do tribunal arbitral ou da data em que teve conhecimento das circunstâncias referidas no artigo 12, parágrafo 2. Se o árbitro recusado não se demitir das suas funções ou se a outra parte não aceitar a recusa, o tribunal arbitral decidirá sobre a recusa.

3. Se a recusa não puder ser obtida segundo o processo convencionado pelas partes ou nos termos do parágrafo 2 do presente artigo, a parte que recusa o árbitro pode, no prazo de trinta dias após lhe ter sido comunicada a decisão que rejeita a recusa, pedir ao tribunal ou outra autoridade referidos no artigo 6 que tome uma decisão sobre a recusa, decisão que será insusceptível de recurso; na pendência deste pedido, o tribunal arbitral, aí incluído o árbitro recusado, pode prosseguir o processo arbitral e proferir uma sentença.

Artigo 14

Inacção de um árbitro

1. Quando um árbitro se encontrar impossibilitado, de direito ou de facto, de cumprir a sua missão ou, por outras razões, não se desincumbir das suas

plir sa mission ou, pour d'autres raisons, ne s'acquitte pas de ses fonctions dans un délai raisonnable, son mandat prend fin s'il se déporte ou si les parties conviennent d'y mettre fin. Au cas où il subsiste un désaccord quant à l'un quelconque de ces motifs, l'un ou l'autre partie peut prier le tribunal ou autre autorité visé à l'article 6 de prendre une décision, qui ne sera pas susceptible de recours, sur la cessation du mandat.

2. Le fait qu'en application du présent article ou de l'article 13 2), un arbitre se déporte ou qu'une partie accepte que le mandat d'un arbitre prenne fin n'implique pas reconnaissance des motifs mentionnés à l'article 12 2) ou dans le présent article.

Article 15

Nomination d'un arbitre remplaçant

Lorsqu'il est mis fin au mandat d'un arbitre conformément à l'article 13 ou 14, ou lorsque celui-ci se déporte pour toute autre raison, ou lorsque son mandat est révoqué par accord des parties ou dans tout autre cas où il est mis fin à son mandat, un arbitre remplaçant est nommé conformément aux règles qui étaient applicables à la nomination de l'arbitre remplacé.

CHAPITRE IV

COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 16

Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence

1. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à

tions or for other reasons fails to act without undue delay, his mandate terminates if he withdraws from his office or if the parties agree on the termination. Otherwise, if a controversy remains concerning any of these grounds, any party may request the court or other authority specified in article 6 to decide on the termination of the mandate, which decision shall be subject to no appeal.

2. If, under this article or article 13 2), an arbitrator withdraws from his office or a party agrees to the termination of the mandate of an arbitrator, this does not imply acceptance of the validity of any ground referred to in this article or article 12 2).

Article 15

Appointment of substitute arbitrator

Where the mandate of an arbitrator terminates under article 13 or 14 or because of his withdrawal from office for any other reason or because of the revocation of his mandate by agreement of the parties or in any other case of termination of his mandate, a substitute arbitrator shall be appointed according to the rules that were applicable to the appointment of the arbitrator being replaced.

CHAPTER IV

JURISDICTION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Article 16

Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

1. The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or vali-

funções num prazo razoável, o seu mandato termina se ele se demitir das suas funções ou se as partes concordarem em lhes pôr fim. No caso de subsistir desacordo quanto a algum destes motivos, qualquer das partes pode pedir ao tribunal ou outra autoridade referidos no artigo 6 que tome uma decisão sobre a cessação do mandato, decisão que será insusceptível de recurso.

2. Se, nos termos deste artigo ou do artigo 13, parágrafo 2, um árbitro se demitir das suas funções ou se uma das partes aceitar a cessação do mandato de um árbitro, isso não implica o reconhecimento dos motivos mencionados no artigo 12, parágrafo 2, ou no presente artigo.

Artigo 15

Nomeação de um árbitro substituto

Quando o mandato de um árbitro terminar, nos termos dos artigos 13 e 14, ou quando este se demitir das suas funções por qualquer outra razão, ou quando o seu mandato for revogado por acordo das partes, ou em qualquer outro caso em que seja posto fim ao seu mandato, será nomeado um árbitro substituto, de acordo com as regras aplicadas à nomeação do árbitro substituído.

CAPÍTULO IV

COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL

Artigo 16

Competência do Tribunal Arbitral para decidir sobre a sua própria competência

1. O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, aí incluída qualquer excepção relativa à existência ou à validade da convenção

la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

2. L'exception d'incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

3. Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Si le tribunal arbitral détermine, à titre de question préalable, qu'il est compétent, l'une ou l'autre partie peut, dans un délai de trente jours après avoir été avisée de cette décision, demander au tribunal visé à l'article 6 de rendre une décision sur ce point, laquelle ne sera pas susceptible de recours; en attendant qu'il soit statué sur cette demande, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence.

Article 17

Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires

Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à toute

dité de l'arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause.

2. A plea that arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

3. The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph 2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.

Article 17

Power of arbitral tribunal to order interim measures

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take

de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica automaticamente a nulidade da cláusula compromissória.

2. A excepção de incompetência do tribunal arbitral pode ser arguída o mais tardar até à apresentação das alegações de defesa. O facto de uma parte ter designado um árbitro ou ter participado na sua designação não a priva do direito de arguir esta excepção. A excepção baseada no excesso de poderes do tribunal arbitral será arguida logo que surja no decurso do processo arbitral a questão que se considera exceder esses poderes. O tribunal arbitral pode, em ambos os casos, admitir uma excepção arguida após o prazo previsto, se considerar justificada a demora.

3. O tribunal arbitral pode decidir sobre a excepção referida no parágrafo 2 do presente artigo quer enquanto questão prévia, quer na sentença sobre o fundo. Se o tribunal arbitral decidir, a título de questão prévia, que é competente, qualquer das partes pode, num prazo de trinta dias após ter sido avisada desta decisão, pedir ao tribunal referido no artigo 6 que tome uma decisão sobre este ponto, decisão que será insusceptível de recurso; na pendência deste pedido, o tribunal arbitral pode prosseguir o processo arbitral e proferir uma sentença.

Artigo 17

Poder do tribunal arbitral ordenar medidas provisórias

Salvo convenção em contrário das partes, o tribunal arbitral pode, a pedido de uma parte, ordenar a qualquer delas que tome as medidas provisórias

partie de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire en ce qui concerne l'objet du différend. Le tribunal arbitral peut, à ce titre, exiger de toute partie le versement d'une provision appropriée.

CHAPITRE V

CONDUITE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

Article 18

Egalité de traitement des parties

Les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits.

Article 19

Détermination des règles de procédure

1. Sous réserve des dispositions de la présente loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral.

2. Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite.

Article 20

Lieu de l'arbitrage

1. Les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties.

such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure.

CHAPTER V

CONDUCT OF ARBITRAL PROCEEDINGS

Article 18

Equal treatment of parties

The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.

Article 19

Determination of rules of procedure

1. Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

2. Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.

Article 20

Place of arbitration

1. The parties are free to agree on the place of arbitration. Failing such agreement, the place of arbitration shall be determined by the arbitral tribunal having regard to the circumstances of the case, including the convenience of the parties.

ou conservatórias que o tribunal arbitral considere necessário tomar em relação ao objecto do litígio. O tribunal arbitral pode exigir a qualquer das partes que, em conexão com essas medidas, preste uma garantia adequada.

CAPÍTULO V

CONDUÇÃO DO PROCESSO ARBITRAL

Artigo 18

Igualdade de tratamento das partes

As partes devem ser tratadas em pé de igualdade e devem ser dadas a cada uma delas todas as possibilidades de fazer valer os seus direitos.

Artigo 19

Determinação das regras de processo

1. Sem prejuízo das disposições da presente Lei, as partes, podem por acordo, escolher livremente o processo a seguir pelo tribunal arbitral.

2. Na falta de tal acordo, o tribunal arbitral pode, sem prejuízo das disposições da presente Lei, conduzir a arbitragem do modo que julgar apropriado. Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, pertinência e importância de qualquer prova produzida.

Artigo 20

Lugar da arbitragem

1. As partes podem decidir livremente sobre o lugar da arbitragem. Na falta de tal decisão, este lugar será fixado pelo tribunal arbitral, tendo em conta as circunstâncias do caso, aí incluída a conveniência das partes.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation de consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou des parties, ou pour l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.

Article 21

Début de la procédure arbitrale

Sauf convention contraire des parties, la procédure arbitrale concernant un différend déterminé débute à la date à laquelle la demande de soumission de ce différend à l'arbitrage est reçue par le défendeur.

Article 22

Langue

1. Les parties sont libres de convenir de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale. Faute d'un tel accord, le tribunal arbitral décide de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure. Cet accord ou cette décision, à moins qu'il n'en soit convenu ou décidé autrement, s'appliquent à toute déclaration écrite d'une partie, à toute procédure orale et à toute sentence, décision ou autre communication du tribunal arbitral.

2. Le tribunal arbitral peut ordonner que toute pièce soit accompagnée d'une traduction dans la langue ou les langues convenues par les parties ou choisies par le tribunal arbitral.

Article 23

Conclusions en demande et en défense

1. Dans le délai convenu par les parties ou fixé par le tribunal arbitral, le de-

2. Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of this article, the arbitral tribunal may, unless otherwise agreed by the parties, meet at any place it considers appropriate for consultation among its members, for hearing witnesses, experts, or the parties, or for inspection of goods, other property or documents.

Article 21

Commencement of arbitral proceedings

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral proceedings in respect of a particular dispute commence on the date on which a request for that dispute to be referred to arbitration is received by the respondent.

Article 22

Language

1. The parties are free to agree on the language or languages to be used in the arbitral proceedings. Failing such agreement, the arbitral tribunal shall determine the language or languages to be used in the proceedings. This agreement or determination, unless otherwise specified therein, shall apply to any written statement by a party, any hearing and any award, decision or other communication by the arbitral tribunal.

2. The arbitral tribunal may order that any documentary evidence shall be accompanied by a translation into the language or languages agreed upon by the parties or determined by the arbitral tribunal.

Article 23

Statements of claim and defence

1. Within the period of time agreed by the parties or determined by the arbit-

2. Não obstante as disposições do parágrafo 1 do presente artigo, o tribunal arbitral pode, salvo convenção das partes em contrário, reunir-se em qualquer lugar que julgue apropriado para consultas entre os seus membros, para audição de testemunhas, de peritos ou das partes, ou para o exame de mercadorias, outros bens ou documentos.

Artigo 21

Início do processo arbitral

Salvo convenção das partes em contrário, o processo arbitral relativo a um determinado litígio começa na data em que o pedido de sujeição deste litígio à arbitragem é recebido pelo demandado.

Artigo 22

Língua

1. As partes podem, por acordo, escolher livremente a língua ou línguas a utilizar no processo arbitral. Na falta de um tal acordo, o tribunal arbitral determinará a língua ou línguas a utilizar no processo. Este acordo ou esta determinação, a menos que tenha sido especificado de modo diverso, aplicam-se a qualquer declaração escrita de uma das partes, a qualquer procedimento oral e a qualquer sentença, decisão ou outra comunicação do tribunal arbitral.

2. O tribunal arbitral pode ordenar que qualquer peça processual seja acompanhada de uma tradução na língua ou línguas convencionadas pelas partes ou escolhidas pelo tribunal arbitral.

Artigo 23

Articulados do demandante e do demandado

1. No prazo convencionado pelas partes ou fixado pelo tribunal arbitral, o demandante enunciará os factos que baseiam o seu pedido, os pontos liti-

mandeur énonce les faits au soutien de sa demande, les points litigieux et l'objet de la demande et le défendeur énonce ses défenses à propos de ces questions, à moins que les parties ne soient autrement convenues des indications devant figurer dans les conclusions. Les parties peuvent accompagner leurs conclusions de toutes pièces qu'elles jugeront pertinentes ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'elles produiront.

2. Sauf convention contraire des parties, l'une ou l'autre partie peut modifier ou compléter sa demande ou ses défenses, au cours de la procédure arbitrale, à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser un tel amendement en raison du retard avec lequel il est formulé.

Article 24

Procédure orale et procédure écrite

1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral décide si la procédure doit comporter des phases orales pour la production de preuves ou pour l'exposé oral des arguments, ou si elle se déroulera sur pièces. Cependant, à moins que les parties n'aient convenu qu'il n'y aura pas de procédure orale, le tribunal arbitral organise une telle procédure à un stade approprié de la procédure arbitrale, si une partie lui en fait la demande.

2. Les parties recevront suffisamment longtemps à l'avance notification de toutes audiences et de toutes réunions du tribunal arbitral tenues aux fins de l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.

3. Toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées à l'autre partie. Tout rapport d'expert ou document présenté en tant

tral tribunal, the claimant shall state the facts supporting his claim, the points at issue and the relief of remedy sought, and the respondent shall state his defence in respect of these particulars, unless the parties have otherwise agreed as to the required elements of such statements. The parties may submit with their statements all documents they consider to be relevant or may add a reference to the documents or other evidence they will submit.

2. Unless otherwise agreed by the parties, either party may amend or supplement his claim or defence during the course of the arbitral proceedings, unless the arbitral tribunal considers it inappropriate to allow such amendment having regard to the delay in making it.

Article 24

Hearings and written proceedings

1. Subject to any contrary agreement by the parties, the arbitral tribunal shall decide whether to hold oral hearings for the presentation of evidence or for oral argument, or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials. However, unless the parties have agreed that no hearings shall be held, the arbitral tribunal shall hold such hearings at an appropriate stage of the proceedings, if so requested by a party.

2. The parties shall be given sufficient advance notice of any hearing and of any meeting of the arbitral tribunal for the purposes of inspection of goods, other property or documents.

3. All statements, documents or other information supplied to the arbitral tribunal by one party shall be communicated to the other party. Also any expert report or evidentiary document on which

giosos e o objecto do pedido e o demandado enunciará a sua defesa a propósito destas questões, a menos que outra tenha sido a convenção das partes quanto aos elementos a figurar nas alegações. As partes podem fazer acompanhar as suas alegações de quaisquer documentos que julguem pertinentes ou nelas mencionar documentos ou outros meios de prova que virão a apresentar.

2. Salvo convenção das partes em contrário, qualquer das partes pode modificar ou completar o seu pedido ou a sua defesa no decurso do processo arbitral, a menos que o tribunal arbitral considere que não deve autorizar uma tal alteração em razão do atraso com que é formulada.

Artigo 24

Procedimento oral e escrito

1. Salvo convenção das partes em contrário, o tribunal decidirá se o processo deve comportar fases orais para a produção da prova ou para a exposição oral dos argumentos, ou se o processo deverá ser conduzido na base de documentos ou outros materiais. Contudo, a menos que as partes tenham convencionado que não haverá lugar a um tal procedimento, o tribunal arbitral organizará um procedimento oral num estádio apropriado do processo arbitral, se uma das partes assim o requerer.

2. As partes serão notificadas com uma antecedência suficiente de todas as audiências e reuniões do tribunal arbitral realizadas com a finalidade de examinar mercadorias, outros bens ou documentos.

3. Todas as alegações, documentos ou informações que uma das partes forneça ao tribunal arbitral devem ser comunicadas à outra parte. Deve igual-

que preuve sur lequel le tribunal pourrait s'appuyer pour statuer doit également être communiqué aux parties.

Article 25

Défaut d'une partie

Sauf convention contraire des parties, si, sans invoquer d'empêchement légitime,

- a) le demandeur ne présente pas sa demande conformément à l'article 23 1), le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale;
- b) le défendeur ne présente pas ses défenses conformément à l'article 23 1), le tribunal arbitral poursuit la procédure arbitrale sans considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur;
- c) l'une des parties omet de comparaître à l'audience ou de produire des documents, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure et statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose.

Article 26

Expert nommé par le tribunal arbitral

1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral

- a) peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport sur les points précis qu'il déterminera;
- b) peut demander à une partie de fournir à l'expert tous renseignements appropriés ou de lui soumettre ou de lui rendre accessibles, aux fins d'examen, toutes pièces ou toutes marchandises ou autres biens pertinents.

the arbitral tribunal may rely in making its decision shall be communicated to the parties.

Article 25

Default of a party

Unless otherwise agreed by the parties, if, without showing sufficient cause,

- a) the claimant fails to communicate his statement of claim in accordance with article 23 1), the arbitral tribunal shall terminate the proceedings;
- b) the respondent fails to communicate his statement of defence in accordance with article 23 1), the arbitral tribunal shall continue the proceedings without treating such failure in itself as an admission of the claimant's allegations;
- c) any party fails to appear at a hearing or to produce documentary evidence, the arbitral tribunal may continue the proceedings and make the award on the evidence before it.

Article 26

Expert appointed by arbitral tribunal

1. Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal

- a) may appoint one or more experts to report to it on specific issues to be determined by the arbitral tribunal;
- b) may require a party to give the expert any relevant information or to produce, or to provide access to, any relevant documents, goods or other property for his inspection.

mente ser comunicado às partes qualquer relatório ou documento apresentado como prova que possa servir de base à decisão do tribunal.

Artigo 25

Falta de cumprimento de uma das partes

Salvo convenção das partes em contrário, se, sem invocar impedimento bastante,

- a) o demandante não apresenta o seu pedido em conformidade com o artigo 23, parágrafo 1, o tribunal arbitral porá fim ao processo arbitral;
- b) o demandado não apresenta a sua defesa em conformidade com o artigo 23, parágrafo 1, o tribunal arbitral prosseguirá o processo arbitral sem considerar esta falta em si mesma como uma aceitação das alegações do demandante;
- c) uma das partes deixa de comparecer a uma audiência ou de fornecer documentos de prova, o tribunal arbitral pode prosseguir o processo e decidir com base nos elementos de prova de que disponha.

Artigo 26

Perito nomeado pelo tribunal arbitral

1. Salvo convenção das partes em contrário, o tribunal arbitral
 - a) pode nomear um ou mais peritos encarregados de elaborar um relatório sobre pontos específicos que o tribunal arbitral determinará;
 - b) pode pedir a uma das partes que forneça ao perito todas as informações relevantes ou que lhe faculte ou torne acessíveis, para exame, quaisquer documentos, mercadorias ou outros bens relevantes.

2. Sauf convention contraire des parties, si une partie en fait la demande ou si le tribunal arbitral le juge nécessaire, l'expert, après présentation de son rapport écrit ou oral, participe à une audience à laquelle les parties peuvent l'interroger et faire venir en qualité de témoins des experts qui déposent sur les questions litigieuses.

Article 27

Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves

Le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander à un tribunal compétent du présent Etat une assistance pour l'obtention de preuves. Le tribunal peut satisfaire à cette demande, dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves.

CHAPITRE VI

PRONONCE DE LA SENTENCE ET CLOTURE DE LA PROCEDURE

Article 28

Règles applicables au fond du différend

1. Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un Etat donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet Etat et non ses règles de conflit de lois.

2. Unless otherwise agreed by the parties, if a party so requests or if the arbitral tribunal considers it necessary, the expert shall, after delivery of his written or oral report, participate in a hearing where the parties have the opportunity to put questions to him and to present expert witnesses in order to testify on the points at issue.

Article 27

Court assistance in taking evidence

The arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a competent court of this State assistance in taking evidence. The court may execute the request within its competence and according to its rules on taking evidence.

CHAPTER VI

MAKING OF AWARD AND TERMINATION OF PROCEEDINGS

Article 28

Rules applicable to substance of dispute

1. The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

2. Salvo convenção das partes em contrário, se uma das partes o solicitar ou se o tribunal arbitral o julgar necessário, o perito, após apresentação do seu relatório escrito ou oral, participará numa audiência em que as partes o podem interrogar e na qual podem fazer intervir, na qualidade de testemunhas, peritos que deponham sobre as questões em análise.

Artigo 27

Assistência dos tribunais na obtenção de provas

O tribunal arbitral, ou uma parte com a aprovação do tribunal arbitral, pode solicitar assistência para obtenção de provas a um tribunal competente do presente Estado. O tribunal pode corresponder à solicitação nos limites da sua competência e de acordo com as suas próprias regras relativas à obtenção de provas.

CAPÍTULO VI

SENTENÇA ARBITRAL E ENCERRAMENTO DO PROCESSO

Artigo 28

Regras aplicáveis ao fundo da causa

1. O tribunal arbitral decide o litígio de acordo com as regras de direito escolhidas pelas partes para serem aplicadas ao fundo da causa. Qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de um determinado Estado será considerada, salvo indicação expressa em contrário, como designando directamente as regras jurídicas materiais deste Estado e não as suas regras de conflitos de leis.

2. À défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

3. Le tribunal arbitral statue *ex aequo et bono* ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'ont expressément autorisé.

4. Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.

Article 29

Prise de décisions par plusieurs arbitres

Dans une procédure arbitrale comportant plus d'un arbitre, toute décision du tribunal arbitral est, sauf convention contraire des parties, prise à la majorité de tous ses membres. Toutefois, les questions de procédure peuvent être tranchées par un arbitre-président, si ce dernier y est autorisé par les parties ou par tous les membres du tribunal arbitral.

Article 30

Règlement par accord des parties

1. Si, durant la procédure arbitrale, les parties s'entendent pour régler le différend, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale et, si les parties lui en font la demande et s'il n'y voit pas d'objection, constate le fait par une sentence arbitrale rendue par accord des parties.

2. La sentence d'accord des parties est rendue conformément aux dispositions de l'article 31 et mentionne le fait qu'il s'agit d'une sentence. Une telle sentence a le même statut et le même effet que toute autre sentence prononcée sur le fond de l'affaire.

2. Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

3. The arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur* only if the parties have expressly authorized it to do so.

4. In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

Article 29

Decision making by panel of arbitrators

In arbitral proceedings with more than one arbitrator, any decision of the arbitral tribunal shall be made, unless otherwise agreed by the parties, by a majority of all its members. However, questions of procedure may be decided by a presiding arbitrator, if so authorized by the parties or all members of the arbitral tribunal.

Article 30

Settlement

1. If, during arbitral proceedings, the parties settle the dispute, the arbitral tribunal shall terminate the proceedings and, if requested by the parties and not objected to by the arbitral tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms.

2. An award on agreed terms shall be made in accordance with the provisions of article 31 and shall state that it is an award. Such an award has the same status and effect as any other award on the merits of the case.

2. Na falta de uma tal designação pelas partes, o tribunal arbitral aplicará a lei designada pela regra de conflitos de leis que ele julgue aplicável na espécie.

3. O tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* ou na qualidade de *amiable compositeur* apenas quando as partes a isso expressamente o autorizarem.

4. Em qualquer caso, o tribunal arbitral decidirá de acordo com as estipulações do contrato e terá em conta os usos do comércio aplicáveis à transacção.

Artigo 29

Decisão tomada por vários árbitros

Num processo arbitral com mais de um árbitro, qualquer decisão do tribunal arbitral será tomada pela maioria dos seus membros, salvo convenção das partes em contrário. Todavia, as questões de processo podem ser decididas por um árbitro presidente, se este estiver autorizado para o efeito pelas partes ou por todos os membros do tribunal arbitral.

Artigo 30

Decisão por acordo das partes

1. Se, no decurso do processo arbitral, as partes se puserem de acordo quanto à decisão do litígio, o tribunal arbitral porá fim ao processo arbitral e, se as partes lho solicitarem e ele não tiver nada a opor, constatará o facto através de uma sentença arbitral proferida nos termos acordados pelas partes.

2. A sentença proferida nos termos acordados pelas partes será elaborada em conformidade com as disposições do artigo 31 e mencionará o facto de que se trata de uma sentença. Uma tal sentença tem o mesmo estatuto e o mesmo efeito que qualquer outra sentença proferida sobre o fundo da causa.

Article 31

Forme et contenu de la sentence

1. La sentence est rendue par écrit et signée par l'arbitre ou les arbitres. Dans la procédure arbitrale comprenant plusieurs arbitres, les signatures de la majorité des membres du tribunal arbitral suffisent, pourvu que soit mentionnée la raison de l'omission des autres.

2. La sentence est motivée, sauf si les parties sont convenues que tel ne doit pas être le cas ou s'il s'agit d'une sentence rendue par accord des parties conformément à l'article 30.

3. La sentence mentionne la date à laquelle elle est rendue, ainsi que le lieu de l'arbitrage déterminé conformément à l'article 20-1. La sentence est réputée avoir été rendue audit lieu.

4. Après le prononcé de la sentence, une copie signée par l'arbitre ou les arbitres conformément au paragraphe 1 du présent article en est remise à chacune des parties.

Article 32

Clôture de la procédure

1. La procédure arbitrale est close par le prononcé de la sentence définitive ou par une ordonnance de clôture rendue par le tribunal arbitral conformément au paragraphe 2 du présent article.

2. Le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale lorsque

a) le demandeur retire sa demande, à moins que le défendeur y fasse objection et que le tribunal arbitral reconnaisse qu'il a légitimement intérêt à ce que le différend soit définitivement réglé;

b) les parties conviennent de clore la procédure;

Article 31

Form and contents of award

1. The award shall be made in writing and shall be signed by the arbitrator or arbitrators. In arbitral proceedings with more than one arbitrator, the signatures of the majority of all members of the arbitral tribunal shall suffice, provided that the reason for any omitted signature is stated.

2. The award shall state the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given or the award is an award on agreed terms under article 30.

3. The award shall state its date and the place of arbitration as determined in accordance with article 20 1). The award shall be deemed to have been made at that place.

4. After the award is made, a copy signed by the arbitrators in accordance with paragraph 1) of this article shall be delivered to each party.

Article 32

Termination of proceedings

1. The arbitral proceedings are terminated by the final award or by an order of the arbitral tribunal in accordance with paragraph (2) of this article.

2. The arbitral tribunal shall issue an order for the termination of the arbitral proceedings when:

a) the claimant withdraws his claim, unless the respondent objects thereto and the arbitral tribunal recognizes a legitimate interest on his part in obtaining a final settlement of the dispute;

b) the parties agree on the termination of the proceedings;

Artigo 31

Forma e conteúdo da sentença

1. A sentença será reduzida a escrito e assinada pelo árbitro ou árbitros. No processo arbitral com mais de um árbitro, serão suficientes as assinaturas da maioria dos membros do tribunal arbitral, desde que seja mencionada a razão da omissão das restantes.

2. A sentença será fundamentada, salvo se as partes convencionarem que não haverá lugar à fundamentação ou se se tratar de uma sentença proferida com base num acordo das partes nos termos do artigo 30.

3. A sentença mencionará a data em que foi proferida, bem como o lugar da arbitragem, determinado em conformidade com o artigo 20, parágrafo 1. Considera-se que a sentença foi proferida nesse lugar.

4. Proferida a sentença, será enviada a cada uma das partes uma cópia assinada pelo árbitro ou árbitros, nos termos do parágrafo 1 do presente artigo.

Artigo 32

Encerramento do processo

1. O processo arbitral termina quando for proferida a sentença definitiva ou quando for ordenado o encerramento do processo pelo tribunal arbitral, nos termos do parágrafo 2 do presente artigo.

2. O tribunal arbitral ordenará o encerramento do processo arbitral quando

- a) o demandante retire o seu pedido, a menos que o demandado a tanto se oponha e o tribunal arbitral reconheça que este tem um interesse legítimo em que o litígio seja definitivamente resolvido;
- b) as partes concordem em encerrar o processo;

c) le tribunal arbitral constate que la poursuite de la procédure est, pour toute autre raison, devenue superflue ou impossible.

3. Le mandat du tribunal arbitral prend fin avec la clôture de la procédure arbitrale, sous réserve des dispositions de l'article 33 et du paragraphe 4 de l'article 34.

Article 33

Rectification et interprétation de la sentence additionnelle

1. Dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, à moins que les parties ne soient convenues d'un autre délai,

a) une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature;

b) si les parties en sont convenues, une partie peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de donner une interprétation d'un point ou passage précis de la sentence.

Si le tribunal arbitral considère que la demande est justifiée, il fait la rectification ou donne l'interprétation dans les trente jours qui suivent la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence.

2. Le tribunal arbitral peut, de son propre chef, rectifier toute erreur du type visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 du présent article dans les trente jours qui suivent la date de la sentence.

3. Sauf convention contraire des parties, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral, dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, de

c) the arbitral tribunal finds that the continuation of the proceedings has for any other reason become unnecessary or impossible.

3. The mandate of the arbitral tribunal terminates with the termination of the arbitral proceedings, subject to the provisions of articles 33 and 34 (4).

Article 33

Correction and interpretation of award; additional award

1. Within thirty days of receipt of the award, unless another period of time has been agreed upon by the parties:

a) a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to correct in the award any errors in computation, any clerical or typographical errors or any errors of similar nature;

b) if so agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to give an interpretation of a specific point or part of the award.

If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the correction or give the interpretation within thirty days of receipt of the request. The interpretation shall form part of the award.

2. The arbitral tribunal may correct any error of the type referred to in paragraph (1) (a) of this article on its own initiative within thirty days of the date of the award.

3. Unless otherwise agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request, within thirty days of receipt of the award, the arbitral tribunal to make an additional award as to claims

c) o tribunal arbitral constate que a prossecução do processo se tornou, por qualquer outra razão, supérflua ou impossível.

3. O mandato do tribunal arbitral finda com o encerramento do processo arbitral, sem prejuízo das disposições do artigo 33 e do parágrafo 4 do artigo 34.

Artigo 33

Rectificação e interpretação da sentença e sentença adicional

1. Nos trinta dias seguintes à recepção da sentença, a menos que as partes tenham convencionado outro prazo,

- a) uma das partes pode, notificando a outra, pedir ao tribunal arbitral que rectifique no texto da sentença qualquer erro de cálculo, qualquer erro material ou tipográfico ou qualquer erro de natureza idêntica;
- b) se as partes assim o convencionarem, uma parte pode, notificando a outra, pedir ao tribunal arbitral que interprete um ponto ou passagem precisa da sentença.

Se o tribunal arbitral considerar o pedido justificado, fará a rectificação ou a interpretação nos trinta dias seguintes à recepção do pedido. A interpretação fará parte integrante da sentença.

2. O tribunal arbitral pode, por sua iniciativa, rectificar qualquer erro do tipo referido na alínea a), do parágrafo 1 do presente artigo, nos trinta dias seguintes à data da sentença.

3. Salvo convenção das partes em contrário, uma das partes pode, notificando a outra, pedir ao tribunal arbitral, nos trinta dias seguintes à recepção da sentença, que profira uma sentença adicional sobre certos pontos do pe-

presented in the rendre une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure arbitrale mais omis dans la sentence. S'il juge la demande justifiée, le tribunal arbitral complète sa sentence dans les soixante jours.

4. Le tribunal arbitral peut prolonger, si besoin est, le délai, dont il dispose pour rectifier, interpréter ou compléter la sentence en vertu du paragraphe 1 ou 3 du présent article.

5. Les dispositions de l'article 31 s'appliquent à la rectification ou l'interprétation de la sentence ou à la sentence additionnelle.

CHAPITRE VII

RECOURS CONTRE LA SENTENCE

Article 34

La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale

1. Le recours formé devant un tribunal contre une sentence arbitrale ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article.

2. La sentence arbitrale ne peut être annulée par le tribunal visé à l'article 6 que si,

a) la partie en faisant la demande apporte la preuve:

i) qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle des parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du présent Etat; ou,

arbitral proceedings but omitted from the award. If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the additional award within sixty days.

4. The arbitral tribunal may extend, if necessary, the period of time within which it shall make a correction, interpretation or an additional award under paragraph 1) or 3) of this article.

5. The provisions of article 31 shall apply to a correction or interpretation of the award or to an additional award.

CHAPTER VII

RECOURSE AGAINST AWARD

Article 34

Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award

1. Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs 2) and 3) of this article.

2. An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

a) the party making the application furnishes proof that:

i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or

dido expostos no decurso do processo arbitral mas omitidos na sentença. Se julgar o pedido justificado, o tribunal proferirá a sentença adicional dentro de sessenta dias.

4. O tribunal arbitral pode prolongar, se for necessário, o prazo de que dispõe para rectificar, interpretar ou completar a sentença, nos termos dos parágrafos 1 ou 3 do presente artigo.

5. As disposições do artigo 31 aplicam-se à rectificação ou à interpretação da sentença, ou à sentença adicional.

CAPÍTULO VII

RECURSO DA SENTENÇA

Artigo 34

O pedido de anulação como recurso exclusivo da sentença arbitral

1. O recurso de uma sentença arbitral interposto num tribunal só pode revestir a forma de um pedido de anulação, nos termos dos parágrafos 2 e 3 do presente artigo.

2. A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal referido no artigo 6 se

a) a parte que faz o pedido fornecer a prova de:

i) que uma parte na convenção de arbitragem referida no artigo 7 estava ferida de uma incapacidade; ou que a dita convenção não é válida nos termos da lei a que as partes a tenham subordinado ou, na falta de qualquer indicação a este propósito, nos termos da lei do presente Estado; ou

- ii) qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou,
 - iii) que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée; ou,
 - iv) que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente loi: ou,
- b) le tribunal constate:
- i) que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent Etat; ou,
 - ii) que la sentence est contraire à l'ordre public du présent Etat.
- the party making the applica
 - tion was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or
 - iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or
 - iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or
- b) the court finds that:
- i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or
 - ii) the award is in conflict with the public policy of this State.

- ii)* que ela não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do processo arbitral, ou lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer outra razão; ou
 - iii)* que a sentença tem por objecto um litígio não referido no compromisso ou não abrangido pela previsão da cláusula compromissória, ou que contém decisões que ultrapassam os termos do compromisso ou da cláusula compromissória, entendendo-se contudo que, se as disposições da sentença relativas a questões submetidas à arbitragem puderem ser dissociadas das que não estiverem submetidas à arbitragem, unicamente poderá ser anulada a parte da sentença que contenha decisões sobre as questões não submetidas à arbitragem; ou
 - iv)* que a constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não estão conformes à convenção das partes, a menos que esta convenção contrarie uma disposição da presente Lei que as partes não possam derogar, ou que, na falta de uma tal convenção, não estão conformes à presente Lei; ou
- b)* o tribunal constatar:
- i)* que o objecto do litígio não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos da lei do presente Estado; ou
 - ii)* que a sentença contraria a ordem pública do presente Estado.

3. Une demande d'annulation ne peut être présentée après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la partie présentant cette demande a reçu communication de la sentence ou, si une demande a été faite en vertu de l'article 33, à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral a pris une décision sur cette demande.

4. Lorsqu'il est prié d'annuler une sentence, le tribunal peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, suspendre la procédure d'annulation pendant une période dont il fixe la durée afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute autre mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation.

CAPITRE VIII

RECONNAISSANCE ET EXECUTION DES SENTENCES

Article 35

Reconnaissance et exécution

1. La sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire et, sur requête adressée par écrit au tribunal compétent, est exécutée sous réserve des dispositions du présent article et de l'article 36.

2. La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme, ainsi que l'original de la convention d'arbitrage mentionnée à l'article 7 ou une copie certifiée conforme. Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans

3. An application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which the party making that application had received the award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal.

4. The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside.

CHAPTER VIII

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF AWARDS

Article 35

Recognition and enforcement

1. An arbitral award, irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding and, upon application in writing to the competent court, shall be enforced subject to the provisions of this article and of article 36.

2. The party relying on an award or applying for its enforcement shall supply the duly authenticated original award or a duly certified copy thereof, and the original arbitration agreement referred to in article 7 or a duly certified copy thereof. If the award or agreement is not made in

3. Um pedido de anulação não pode ser apresentado após o decurso de um prazo de três meses a contar da data em que a parte que faz este pedido recebeu comunicação da sentença ou, se tiver sido feito um pedido nos termos do artigo 33, a partir da data em que o tribunal tomou uma decisão sobre este pedido.

4. Quando lhe for solicitado que anule uma sentença, o tribunal pode, se for caso disso e a pedido de uma das partes, suspender o processo de anulação durante o período de tempo que ele determinar, em ordem a dar ao tribunal arbitral a possibilidade de retomar o processo arbitral ou de tomar qualquer outra medida que o tribunal arbitral julgue susceptível de eliminar os motivos da anulação.

CAPÍTULO VIII

RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS

Artigo 35

Reconhecimento e execução

1. A sentença arbitral, independentemente do país em que tenha sido proferida, será reconhecida como tendo força obrigatória e, mediante solicitação dirigida por escrito ao tribunal competente, será executada, sem prejuízo das disposições do presente artigo e do artigo 36.

2. A parte que invocar a sentença ou que pedir a respectiva execução deve fornecer o original da sentença devidamente autenticado ou uma cópia certificada conforme, bem como o original da convenção de arbitragem referida no artigo 7 ou uma cópia certificada conforme. Se a dita sentença ou convenção

une langue officielle du présent Etat, la partie en produira une traduction dûment certifiée dans cette langue ***

Article 36

Motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution

1. La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que:

- a) sur la demande de la partie contre laquelle elle est invoquée, si ladite partie présente au tribunal compétent auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution la preuve:
 - i) qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 était frappée d'une incapacité; ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou,
 - ii) que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou,
 - iii) que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions

*** Les conditions mentionnées dans ce paragraphe visent à énoncer les normes les plus strictes. Il ne serait donc pas contraire à l'harmonisation recherchée par la loi type qu'un Etat conserve une procédure moins rigoureuse.

an official language of this State, the party shall supply a duly certified translation thereof into such language. ***

Article 36

Grounds for refusing recognition or enforcement

1. Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only:

- a) at the request of the party against whom it is invoked, if that party furnishes to the competent court where recognition or enforcement is sought proof that:
 - i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or
 - ii) the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or
 - iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions

*** The conditions set forth in this paragraph are intended to set maximum standards. It would, thus, not be contrary to the harmonization to be achieved by the model law if a State retained even less onerous conditions.

não estiver redigida numa língua oficial do presente Estado, a parte fornecerá uma tradução devidamente certificada nesta língua. ***

Artigo 36

Fundamentos de recusa do reconhecimento ou da execução

1. O reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral, independentemente do país em que tenha sido proferida, só pode ser recusado:

- a) a pedido da parte contra a qual for invocado, se essa parte fornecer ao tribunal competente a quem é pedido o reconhecimento ou a execução a prova de:
 - i) que uma das partes na convenção de arbitragem referida no artigo 7 estava ferida de uma incapacidade; ou que a dita convenção não é válida nos termos da lei a que as partes a tenham subordinado ou na falta de indicação a este propósito, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou
 - ii) que a parte contra a qual a sentença é invocada não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do processo arbitral, ou que lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer outra razão; ou
 - iii) que a sentença tem por objecto um litígio não referido no compromisso ou não abrangido pela previsão da cláusula compromissória, ou que contém decisões que ultrapassam os termos do com-

*** As condições mencionadas neste parágrafo destinam-se a enunciar os requisitos máximos. Não contrariará, pois, a harmonização procurada pela lei-modelo o facto de um Estado manter condições menos rigorosas.

qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions soumises à l'arbitrage pourra être reconnue et exécutée; ou,

- iv) que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut d'une telle convention, à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou,
- v) que la sentence n'est pas encore devenue obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par un tribunal du pays dans lequel, ou en vertu de la loi duquel elle a été rendue; ou,
- b) si le tribunal constate que:
 - i) l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent Etat; ou que,
 - ii) la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public du présent Etat.

2. Si une demande d'annulation ou de suspension d'une sentence a été présentée à un tribunal visé au sous-alinea 1 a) v) du présent article, le tribunal auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge approprié, surseoir à statuer et peut aussi, à la requête de la partie demandant la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

- iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or
- v) the award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a court of the country in which, or under the law of which, that award was made; or

b) if the court finds that:

- i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or
- ii) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State.

2. If an application for setting aside or suspension of an award has been made in a court referred to in paragraph 1) a) v) of this article, the court where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, adjourn its decision and may also, on the application of the party claiming recognition or enforcement of the award, order the other party to provide appropriate security.

promisso ou da cláusula compromissória, entendendo-se contudo que, se as disposições da sentença relativas a questões submetidas à arbitragem puderem ser dissociadas das que não estiverem submetidas à arbitragem, unicamente poderá ser anulada a parte da sentença que contenha decisões sobre as questões não submetidas à arbitragem; ou

iv) que a constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não estão conformes à convenção das partes ou, na falta de tal convenção, à lei do país onde a arbitragem teve lugar; ou

v) que a sentença se não tenha tornado ainda obrigatória para as partes ou tenha sido anulada ou suspensa por um tribunal do país no qual, ou em virtude da lei do qual, a sentença tenha sido proferida; ou

b) se o tribunal constatar:

i) que o objecto do litígio não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos da lei do presente Estado; ou

ii) que o reconhecimento ou a execução da sentença contrariaria a ordem pública do presente Estado.

2. Se um pedido de anulação ou de suspensão de uma sentença foi apresentado a um tribunal referido no parágrafo 1, alínea *a)*, subalínea *v)* deste artigo, o tribunal ao qual foi pedido o reconhecimento ou execução pode, se o julgar apropriado, adiar a sua decisão e pode também, a requerimento da parte que pede o reconhecimento ou a execução da sentença, ordenar à outra parte que preste garantias adequadas.

PAUL VOLKEN (*)

LE NOM EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE SUISSE (**)

(*) Docteur en droit, Chef de la section du droit international privé à l'Office fédéral de la justice, Chargé de cours à l'Université de Fribourg.

(**) Honra-se «Documentação e Direito Comparado» com a publicação do estudo do Dr. Paul Volken.

Agradece-se ao Dr. Volken e à «Revue Suisse de l'État Civil» a autorização da publicação, concedida por intermédio do Conselheiro Pinheiro Farinha, Presidente Honorário da Comissão Internacional de Estado Civil (CIEC)

1. Introduction

Ces dernières années, les Autorités suisses de l'état civil, avaient à plusieurs reprises et pour de multiples raisons, à s'occuper de questions suscitées par le droit national et international du nom. En 1977, lors d'un séminaire de formation, *A. Bucher* s'est penché sur les effets qu'ont emportés l'abrogation de l'ancien article 8 LRDC ⁽¹⁾, lors de la conférence annuelle des officiers de l'état civil, en 1978, *F. Knoepfler* ⁽²⁾ a fait une conférence sur le nom en droit international privé et en 1980, *J. Guinand* ⁽³⁾ a examiné la jurisprudence suisse en matière de changement de nom. Par ailleurs, la Revue de l'état civil, organe officiel de l'Association suisse des officiers de l'état civil, s'est régulièrement fait l'écho ces dernières années des décisions législatives administratives ou judiciaires prises en ce domaine ⁽⁴⁾. Et. les praticiens, pour leur part, se sont efforcés, avec beaucoup d'imagination, de trouver des solutions adéquates pour adapter la technique de la tenue des registres aux besoins politico-juridiques ⁽⁵⁾.

(1) *A. Bucher*, Conséquences de la suppression de l'article 8 LRDC, REC 1977, p. 331 à 338.

(2) *F. Knoepfler*, Le nom et quelques autres questions de l'état civil en droit international privé suisse, aujourd'hui et demain, REC 1978, p. 305 à 323.

(3) *J. Guinand*, L'évolution de la jurisprudence en matière de changement de nom, REC 1980, p. 350 à 363.

(4) Voir p. ex.: *A. Alberti*, Le nom de l'enfant né de parents non mariés ensemble, REC 1983, p. 181; *M. Botta*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Zivilstandsfragen (1976-1982), REC 1983, p. 2; *Choix des prénoms*, REC 1982, p. 18; *G. Cetti*, Il nome nella revisione del diritto matrimoniale, REC 1983, p. 267; *Dip. Giust Ticino*, Cambiamento di nome per nascituro, REC 1983, p. 2; *C. Hegnauer*, Zum Familiennamen im neuen Eherecht, REC 1983, p.273; *M. Jäger*, Namensführung in der Schweiz geborener ausländischer Kinder nach Anerkennung durch Ausländer, REC 1984, p. 176; *ders.*: Zur Anerkennung einer in Ausland erwirkten Namensänderung

En Suisse, les discussions sur le nom ont surgi à l'occasion du renouvellement de notre droit de famille, renouvellement qui se faisait par étapes et qui, en 1973, a commencé par le droit de l'adoption (art. 264 à 269c CCS), puis a été poursuivi, en 1976, par le droit de filiation (art. 252 à 329 CCS) et qui a atteint son premier point culminant dans les débats sur le nouveau droit du mariage (art. 159 à 251 CCS), droit qui fera l'objet d'un référendum populaire d'ici quelques jours (22.9.1985). La discussion pourrait connaître un regain d'actualité lorsqu'on traitera, à l'occasion de la quatrième étape de la révision, du nom de la femme divorcée (l'actuel art. 149 CCS).

Dans les trois premières étapes de la révision, l'Association des officiers d'état civil a pris une part très active aux débats ⁽⁵⁾. Cela me paraît tout à fait justifié, car il ne faut pas laisser aux seuls théoriciens du droit, aux sociologues et aux politiciens le soin de régler le nouveau droit suisse du nom alors que les responsables de l'état civil ont tous les jours à s'occuper des aspects pratiques posés par la formation et la collation du nom.

REC 1984, p. 173; *A. Nabholz*, Akzente auf ungarischen Familiennamen sind in die schweiz Zivilstandsregister einzutragen, REC 1985, p. 97; *ders.*: Keine Namensänderung für Ehefrauen, REC 1985, p. 41; *ders.*: Keine Namensänderung zur Rettung von Familiennamen, REC 1983, p. 103; *Namensänderung* REC 1983, p. 103, 361, 362; *M. Perret*, Pas de changement de nom pour femme mariée, REC 1983, p. 48; *R. Rey*, Anerkennung und Namensführung eines in Ausland geborenen Schweizlers, REC 1984, p. 365; *R. Rosetti*, Cognome e attinenza della donna divorziata, REC 1982, p. 149; *M. Taminelli*, Le nom et la nationalité de l'épouse et ses enfants, REC 1983, p. 79.

⁽⁵⁾ Voir p. ex.: *Eintragung der Frau im Familienregisterblatt des zweiten Ehemannes*, REC 1984, p. 65; *M. Gervasoni/B. Lardi*, Neuregelung der Bestimmungen über Name und Bürgerrecht, Eingabe an den Ständerat v. 12.3.84, REC 1984, p. 137; *M. Jäger*, Aus der Werkstatt des Fachausschusses, REC 1984, p. 207; *B. Lardi/M. Gervasoni*, Il diritto della cittadinanza e il diritto del nome nel futuro diritto matrimoniale, REC 1983, p. 26, 19, 199; *A. Nabholz*, Namensänderung für Ausländer in der Schweiz, REC 1983, p. 275; *Rapport* sur l'assemblée du 5.6.82 à Genève, REC 1983, p. 17; *R. Reusser*, Name und Bürgerrecht, wo stehen wir heute?, REC 1983, p. 243; *T. Siegenthaler*, Schwachstellen im System, REC 1984, p. 67.

⁽⁶⁾ Voir p. ex.: *Rapports* d'activités du Comité central pour l'exercice 1981/82, REC 1982, p. 142; pour l'exercice 1982/83, REC 1983, p. 149 pour l'exercice 1983/84, REC 1984, p. 121; pour l'exercice 1984/85, REC 1985, p. 117.

Après plus de dix ans de dialogues, les discussions sur le droit du nom sont parvenues à leur apogée. Ce que l'on avait à dire a été dit. Si nous nous occupons de nouveau de cette question aujourd'hui, c'est pour en tirer des conclusions et pour ouvrir une phase de consolidation, consolidation basée sur les expériences acquises au cours de ces dernières années.

Dans cette optique, j'aimerais aborder les points suivants. Je rappellerai tout d'abord les différentes fonctions attachées au nom et attirerai l'attention sur les modifications qui ont caractérisé au cours des décennies passées le nom et son concept (ch. 2). Puis je jetterai un regard de droit comparé sur l'étranger pour montrer que les discussions sur le droit du nom des époux, de la famille et des enfants n'ont pas seulement été l'apanage de la Suisse (ch. 3). Ensuite, je montrerai que les modifications du droit matériel du nom en Suisse et dans de nombreux Etats européens et extra-européens (qui se sont produites ces dernières années), ne sont pas restées sans certaines conséquences non pas plus pour le droit international privé (ch. 4). Sur la base de ces développements, il y aura lieu de montrer comment le nouveau projet de droit international privé suisse a été influencé par ces nouvelles données (ch. 5). S'ajouteront enfin quelques réflexions sur les effets que la nouvelle conception du nom doit avoir sur la reconnaissance des décisions étrangères en matière de nom (ch. 6).

2. Le nom et ses fonctions

La nature juridique et les fonctions du nom sont complexes (7). Les fonctions différentes du nom ont aussi été reconnues diversement selon les époques et les couches sociales. Ainsi *Victor Hugo* a-t-il dit: «Le plus beau patrimoine est un nom révééré». En revanche, l'Anglais *William M. Thackeray*

(7) Voir p. ex.: *Ph. Malaurie*, Nom — Prénom — Noblesse, Rep. Dalloz droit international, n° 1; *A. E. von Overbeck*, Persons, International Encyclopedia, vol. III, chap. 15, p. 29; *R. Schrems*, Geburtsname, Ehe name, Familienname und der Geist der Gleichberechtigung, Das Standesamt 1975, S. 193.

lui, disait: «I would rather make my name than inherit it». Voilà bien deux maximes originaires de deux mondes culturels et sociaux différents qui disent presque tout sur le rapport à la famille!

Le rôle premier et le plus important du nom consiste à identifier une personne de façon certaine dans le but de la désigner comme individu distinct des autres personnes. A ce titre, le nom remplit une *fonction d'individualisation*. En tant que tel, le nom et le droit à un nom spécifique participe des droits de la personnalité.

A part cela, le nom remplit aussi une fonction *sociopolitique* et donc une fonction *d'intégration*. Le nom renseigne sur l'origine ethnique, nationale voire même religieuse d'une personne. Mais il permet surtout de marquer l'appartenance à tel milieu social ou familial. A cet égard, il y a action réciproque étroite entre le nom d'une personne et sa situation familiale. On voit cette réciprocity par exemple lorsque l'acquisition ou la perte du nom est étroitement liée au statut juridique familial: l'acquisition ou la perte du nom sont étroitement liées à la naissance, dans le mariage ou hors mariage, à l'adoption, à la légitimation, à la reconnaissance au mariage, au divorce.

Il ne faut enfin pas oublier que le nom remplit une importante fonction d'ordre dans la vie publique. Le nom caractérise une personne, l'individualise non pas simplement pour elle-même; il sert aussi à désigner une personne dans ses relations publiques, dans sa vie professionnelle, dans ses rapports avec les autorités de l'Etat. De cette fonction politique ou publique découlent des limites bien précises en ce qui concerne le nom, sa formation, sa modification ou son changement. Selon l'importance qu'un Etat accorde à la fonction politique ou publique du nom, ces limites seront plus ou moins étroites.

3. Le nom et les fonctions juridiques qui lui sont attachées en droit comparé

Les discussions des dernières années sur le nom correct à attribuer aux époux, à la famille ou aux enfants n'ont pas eu lieu qu'en Suisse. Dans de nombreux autres Etats européens on a également discuté de ces questions. Les premiers Etats européens où ces problèmes ont été abordés dans les années

soixante et au début des années septante furent ceux de l'Est ⁽⁸⁾. Puis ce fut le tour des Etats scandinaves ⁽⁹⁾, de la République fédérale d'Allemagne, de la France, de l'Italie, de l'Autriche, de l'Espagne et de la Grèce ⁽¹⁰⁾. Dans les Etats anglo-saxons le processus de modernisation est en cours. Tout comme en Suisse, on procédait à un ajustement du droit du mariage et de la filiation, aussi par étapes, et généralement la question du nom des époux ou du nom des enfants faisait partie de la revision.

3.1. *Nom de l'enfant*

La grande majorité des législations prévoit aujourd'hui que les enfants nés dans le mariage portent le nom de leur père et que ceux qui sont nés hors mariage portent celui de leur mère. Toutefois cette règle ne s'applique pas sans d'importantes exceptions. Les droits espagnol et portugais connaissent les exceptions les plus connues à propos des *enfants légitimes*. Selon ces deux législations chaque époux porte au moins deux noms de famille. Le nom de l'enfant sera constitué du premier nom de chacun de ses parents. En droit

⁽⁸⁾ En *Bulgarie*, le nom est régi par la loi sur les personnes et la famille du 23.7.1949, avec plusieurs modifications, notamment celles du Code de la famille du 15.3.1968. La *RDA* a inséré ses dispositions sur le droit du nom dans le Code de la famille de 1965 (§7). En *Tchécoslovaquie*, les règles sur le nom se trouvent au §8 du Code de famille de 1963 et en *Hongrie* dans la loi sur le mariage, la famille et la tutelle de 1952, modifiée en 1974.

⁽⁹⁾ Voir p. ex.: le *Danemark* (loi sur le nom des personnes, du 29.4.81), la *Norvège* (loi sur le nom des personnes du 25.5.64), la *Suède* (loi sur le nom, du 24.6.82).

⁽¹⁰⁾ *Allemagne* (l. *Eherechtsänderungsetz* 1976), *Autriche* (§93 ABGB, version 1974 §139 ABGB, version 1977); *Espagne*, (loi du 8.6.57 sur le registre d'état civil, en révision); *Grèce* (art. 1388, 1505 CCgr, version du 18.2.83); *Italie* (art. 143^{bis}, 262, 299 Ccit, versions 1975 et 1983); *Luxembourg* (loi du 18.3.1982, changement de noms et prénoms).

espagnol ⁽¹¹⁾, c'est le nom du père qui doit figurer en premier alors que c'est souvent l'inverse en droit portugais ⁽¹²⁾. De nombreux Etats de l'Amérique du Sud ont repris le système espagnol ou portugais.

Dans la majeure partie des Etats de l'Europe de l'Est, les époux peuvent déclarer lors du mariage que, même s'ils ont un nom de mariage commun, leurs enfants porteront le nom du père ou celui de la mère (CSSR, RDA, PL, URSS) ⁽¹³⁾. Un choix identique existe en droit suédois ou norvégien. Cependant ce choix ne peut intervenir qu'au moment de la naissance ou six mois après ⁽¹⁴⁾. Des possibilités de choix encore plus laxistes se trouvent dans les droits yougoslaves, pakistanais ou dans certains Etats des USA. Les *enfants nés hors mariage* peuvent aussi acquérir le nom de leur père dans de nombreux Etats à condition que celui-ci les ait reconnus. Les exceptions les plus importantes en la matière sont apportées par la Suisse, la RDA — où l'enfant continue à garder le nom de la mère en dépit de la reconnaissance ⁽¹⁵⁾ — ainsi que par la France et l'Italie où l'enfant porte le nom de celui de ses parents qui l'a reconnu en premier ⁽¹⁶⁾.

⁽¹¹⁾ A. Bergmann/M. Ferid, Internationales Ehe und Kindschaftsrecht, Bd. VII, Spanien, p. 17.

⁽¹²⁾ A. Bergmann/M. Ferid, loc. cit, vol. VII, Portugal, p. 20e.

⁽¹³⁾ Tchécoslovaquie: Code de famille de 1963, §38; Pologne, Code de la famille et de la tutelle de 1964, art. 88.

⁽¹⁴⁾ Norvège: loi sur le nom des personnes de 1964, §2.

⁽¹⁵⁾ Suisse, art. 270, al. 2. CCS: «L'enfant dont la mère n'est pas mariée avec le père acquiert le nom de famille de la mère».

RDA, §64, al. 2, FG.: «Ein Kind, dessen Eltern bei seiner Geburt nicht miteinander verheiratet sind, erhält den Familiennamen, den die Mutter führt.»

⁽¹⁶⁾ Voir art. 334-1 Cciv. franç.

3.2 *Le nom des époux*

Dans la plupart des Etats, il est prévu que le nom de l'un ou de l'autre des époux change ou au moins peut changer lors de la célébration du mariage. On ne connaît pas de dispositions légales qui, en tout cas en Europe et sur le Continent américain, disposent que le mariage n'emporte pas d'effets sur le nom des époux (il semble qu'il en aille différemment en Corée du Sud) (17). Nous ignorons également s'il y a des législations prévoyant que c'est le mari qui doit prendre le nom de la femme.

Le fait que la femme doive prendre le nom de son mari en vertu de la loi — tout en perdant son propre nom — n'est prévu à part en droit suisse actuel, que dans le droit du Vatican (18).

En droit italien — il en va de même pour presque toute l'Amérique du Sud —, la femme garde son propre nom qui s'ajoute à celui du mari.

Le droit allemand, le droit autrichien et le futur droit suisse du mariage donnent un certain choix aux époux. Mais ils n'imposent de choix que pour autant que le nom du mari vaut comme nom de famille. Dans de nombreuses législations (France, Espagne, Pays-Bas, en Scandinavie, dans les pays anglo-saxons, en Amérique du Sud et en Amérique centrale) les effets que le mariage emporte sur le nom ne découlent pas seulement de la loi. Mais les époux peuvent en vertu d'un choix ou du droit coutumier, porter un nom de mariage dans leurs relations quotidiennes. Les législations des pays de l'Europe de l'Est prévoient aussi un large droit d'option: les époux peuvent soit conserver leur propre nom, soit porter le nom de l'un ou de l'autre. En Roumanie, en Yougoslavie et en RDA ils peuvent en outre se décider pour porter un double nom (19).

(17) A. Bergmann/M. Ferid, *Internationales Ehe und Kindschaftsrecht*, vol. VI, Republik Korea, p. 17.

(18) Voir E. Mergenthaler/H. Reichard, loc. cit., vol. II, Vatikanstadt, p. 4, chiffr. 10.

(19) Voir aussi: Namensführung nach ausländischem Recht (Ehegatten), REC 1985, p. 42; E. Mergenthaler/H. Reichard, *Standesamt und Ausländer, Länderberichte*.

3.3 Ce rapide survol montre que l'on met plus ou moins d'accent sur telle ou telle fonction juridique du nom selon les législations et les milieux culturels. On voit ainsi que le droit anglo-saxon qui est évidemment plus libéral s'agissant de la collation du nom, de son changement ou de sa modification, attache la priorité à la fonction individuelle et par là à l'aspect du droit personnel du nom, avant celui du droit de la famille ou les considérations d'ordre politique. En Europe continentale l'accent était très clairement mis jusqu'à ces dernières années sur la fonction du droit de la famille et sur celle de l'ordre politique. Toutefois on voit bien le déplacement du centre de gravité, plus visible en matière de nom des époux que de nom des enfants, déplacement vers la portée individuelle du nom.

4. Le nom en d.i.p.

Lorsque des rapports juridiques présentent des liens internationaux, il appartient au droit international privé de dire de quel Etat c'est le droit privé qui devra régir pareils rapports juridiques déterminés. En dépit de cette international privé ne peuvent pas non plus faire abstraction de considérations politiques qui sont à la base d'une législation donnée. Ceci vaut également pour les règles de conflit en matière de nom.

Nous avons distingué trois fonctions différentes du nom: la fonction permettant l'individualisation de la personne, la fonction permettant d'intégrer cette personne à une famille et la fonction d'ordre, fortement axée sur le droit public. Selon que l'accent est mis sur telle ou telle de ces fonctions, la disposition de droit international privé relative au nom aura une physionomie tout à fait différente.

Si l'on accorde essentiellement au nom la fonction d'identifier de façon indubitable une personne donnée et de la distinguer des autres, on accordera au nom la qualité de constituer une partie intégrante de chaque personnalité.

Dans le langage du droit international privé le nom appartiendrait donc à ce que l'on appelle le statut personnel. Il conviendrait dès lors de rechercher la règle de conflit qui maintiendra si possible inchangé le nom d'une personne de sa naissance à sa mort. Ce qu'on cherchera alors, c'est un rattachement autonome, fondé soit sur la notion du domicile soit sur celle de la nationalité.

En revanche, si l'on considère en premier lieu que le nom doit permettre de dire à quel groupe social ou à quelle famille telle personne déterminée appartient (nom de famille) on comprendra avant tout le nom comme une conséquence découlant du statut familial d'une personne. Il en ressort la volonté de soumettre le nom au même droit que celui régissant la question de la naissance légitime ou illégitime, l'adoption, la légitimation, la reconnaissance, les effets du mariage ou le divorce (rattachement non autonome ou causal).

En mettant l'accent principal sur la fonction d'ordre politique ou public et en ne voyant dans le nom qu'un moyen de désigner une personne dans ses relations publiques, il sera nécessaire de mettre des limites précises et d'ordonner, si possible, des règles de police sévères pour la constitution du nom, sa modification ou son changement. Tout ce qui s'opposerait à une réglementation claire, simple et pratique devrait être déconseillé. Et toutes les solutions étrangères qui s'écarteraient de cette réglementation devraient être déclarées comme contraires à l'ordre public.

On comprend que les Autorités de l'état civil sont tentées d'une certaine façon par la troisième solution alors que les personnes qui attachent du prix à l'esprit de famille penchent pour la deuxième et les individualistes pour la première.

Malheureusement ces interprétations ne seront bien souvent reconnues en droit international privé que de façon insuffisante. Il s'en faut de beaucoup par exemple que tel Etat qui, dans son droit matériel, reconnaît aux époux ou aux parents de larges possibilités de choix, ne se montre aussi généreux en droit international privé et accorde la priorité à un rattachement individualiste. Ainsi par exemple le droit matériel dans les pays de l'Europe de l'Est se montre sensiblement plus libéral que dans les Etats de tradition latine. Cependant, la majorité de ces Etats de l'Est n'ont pas prévu de rattachement autonome pour le nom. Il en va de même en RFA et en Autriche. En matière de nom, le droit matériel allemand donne aux époux et aux parents un droit d'option très généreux. Par contre le nouveau projet allemand de droit international privé soumet la question du nom au statut relatif aux effets du

mariage ⁽²⁰⁾, alors que le droit international privé autrichien de 1978 régit en principe le nom de façon autonome en le rattachant au statut personnel ⁽²¹⁾.

5. La solution juridique du nom dans le nouveau projet suisse de d.i.p.

Le récent projet suisse de de d.i.p. règle de façon détaillée le droit international du nom (art. 35 à 38) ⁽²²⁾. A côté de l'article sur le droit applicable au nom (art.35), le projet consacre une disposition sur le d.i.p. en matière de changement de nom (art. 36), et en matière de reconnaissance et d'exécution de décisions étrangères sur le changement de nom intervenue à l'étranger (art. 37). L'article 38 concerne l'inscription dans les registre suisses (fonction d'ordre).

En ce qui concerne le droit applicable au nom, l'article 35, 1^{er} alinéa, part du principe du domicile. On distinguera dès lors entre les personnes (suis-ses ou étrangers) qui ont leur domicile en Suisse et celles qui ont le leur à l'étranger. Pour la personne domiciliée en Suisse, c'est le droit suisse qui s'ap- plique (renvoi au droit matériel) et pour celle qui est domiciliée à l'étranger, ce sera le droit auquel renvoient les règles en conflit de l'Etat étranger où cette personne est domiciliée (règle de renvoi générale, prise en considération d'un éventuel renvoi).

L'article 35, 2^{er} alinéa, assouplit le principe du domicile en prévoyant la faculté de choisir sa loi nationale. L'avant-projet de la commission avait

⁽²⁰⁾ RFA: Art. 10 du projet de loi pour le renouvellement du droit international privé allemand, Deutscher Bundestag, 10. Wahlperiode, N° 10/504 v. 20.10.83.

⁽²¹⁾ §13 Loi autrichienne de d.i.p.: «Die Führung des Namens einer Person ist nach deren jewei- ligem Personenstatut zu beurteilen, auf welchem Grund auch immer der Namenswerb beruht.»

⁽²²⁾ FF 1983 I 465.

même réduit cette faculté aux Suisses de l'étranger ⁽²³⁾. Mais dans la procédure de consultation, les préposés au registre de l'état civil ont souhaité que l'on accorde la même faculté aux étrangers domiciliés en Suisse. Le Conseil fédéral a tenu compte de leur avis et accordé à tout le monde la possibilité de demander que son nom soit régi par son droit national. Le principe du domicile joue également en matière de changement de nom (art. 36).

L'article 35 se combine en matière de droit du mariage, du divorce et de la filiation, avec les dispositions qui la réservent expressément en ce qui concerne les effets qu'emportent sur le nom le mariage, la filiation ainsi que le divorce (art. 41, 61, 62, 80).

Il découle de cela que le projet suisse de d.i.p. considère le nom comme faisant tout d'abord partie d'un droit de la personnalité et non comme la conséquence d'un rapport découlant du droit de la famille. Ce ne sont pas seulement les tendances récentes du droit international du nom qui sont à l'origine⁽²⁴⁾ de cette solution, mais également la nature particulière des rattachements que le projet a retenus en matière de nom. Pour les questions relevant du statut personnel (mariage, divorce, filiation), c'est de façon générale, le rattachement au domicile qui prévaut. A titre subsidiaire le projet réserve toujours une certaine place au droit national et enfin même à la «lex fori». Pareil rattachement en cascade est propre à montrer qu'on ne devrait pas conseiller, pour le nom, un rattachement dépendant. En effet, un tel rattachement serait difficile à déterminer et il serait lié à trop d'impondérables.

Le principe du domicile ancré dans l'article 35 correspond aussi à la jurisprudence fédérale et à la pratique des cantons telle qu'elle s'est peu à peu adaptée, par suite de l'abrogation de l'ancien article 8 LRDC ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ F. Vischer/P. Volken, Loi fédéral sur le droit international privé. Etudes suisses de droit international, vol. 12, Zurich 1978, p. 195.

⁽²⁴⁾ F. Vischer/P. Volken, *loc. cit.*, p. 271.

⁽²⁵⁾ ATF 109 II 81, 85; 106 II 241; JAAC 1982, fasc. 46/1, n.º 3, p. 28/29.

6. La reconnaissance de décisions étrangères en matière de nom

Le projet suisse ne prévoit de règle de reconnaissance que pour les changements de nom intervenus à l'étranger (art. 37). D'autres décisions sur le nom ne feront guère l'objet de décisions autonomes prises par des juges ou des autorités. Elles résulteront d'un jugement portant sur le statut personnel et, dans une large mesure, partageront son sort dans la procédure de reconnaissance, en tout cas dans le cas d'une décision négative. En effet, personne ne s'attendrait à ce qu'une adoption étrangère, une reconnaissance d'enfant étrangère ou un divorce étranger qui ne serait pas reconnu en Suisse en tant que tel (art. 76, 71, 63) puisse toutefois y déployer des effets en matière de droit du nom. La question serait un peu plus complexe dans le cas où la reconnaissance serait acquise. Est-ce que le fait de reconnaître un mariage étranger en vertu de l'article 43 ou un divorce étranger en vertu de l'article 63 du projet, signifie que l'on doit du même coup reconnaître les conséquences sur le nom que le droit de l'Etat où la décision a été prise y rattache? Ou bien ne doit-on reconnaître les conséquences sur le nom que si — en vertu de l'article 35 — elles sont conformes au droit du domicile ou au droit national de l'intéressé?

Il faut distinguer: les mariages célébrés à l'étranger sont reconnus en vertu de l'article 43 du projet s'ils sont valables au regard du droit de l'Etat du domicile ou de l'Etat national de l'un des époux. La concordance entre cet article et l'article 35 est alors garantie. Il en va de même en matière de reconnaissance d'une adoption étrangère: on a le même parallélisme. On peut hésiter dans les cas de divorces étrangers qui ont été rendus à un for présentant peu de liens avec la cause (art. 63), ou à des reconnaissances d'enfant étrangères (art. 71) ou à des constatations étrangères de paternité (art. 68) lorsqu'elles ont été prononcées dans des Etats avec lesquels l'enfant n'avait pas de liens. En pareils cas il semble bien qu'il ne faille prendre en compte des conséquences sur le nom que dans le cadre de l'article 35. Des changements de nom seraient reconnus chaque fois sur la base de l'article 37. Dans les deux hypothèses la reconnaissance et l'inscription dans les registres suisses ne pourraient pas intervenir si des principes fondamentaux du droit suisse ont été ignorés. Au demeurant, l'inscription aura lieu conformément aux principes suisses sur la tenue des registres (art. 38).

ÍNDICE

DIREITO COMUNITÁRIO

Libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté	11
<i>A. Mattera</i>	

PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

Aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem	65
Sumários das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem n.ºs 81 a 85)	67
Van der Sluijs, Zuiderveld e Klappe contra a Holanda	67
Duinhof e Duijf contra a Holanda	68
Campbell e Fell contra o Reino Unido	69
Guincho contra Portugal	74
Malone contra o Reino Unido	75
Sumário e texto do Relatório da Comissão Europeia dos Direitos do Homem na queixa de Joseph Kaplan contra o Reino Unido	78
Sumário e texto da decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem na queixa de X contra a Áustria	147

Sumário e texto da decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no Caso Malone contra o Reino Unido 150

Sumário e texto da resolução DH(85)13 do Comité de Ministros relativa às decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso Le Compte, Van Leuven e de Meyere contra a Bélgica

ESTUDOS SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM

La protection de l'individu à l'égard des administrations fiscale et douanière et la Convention Européenne des Droits de l'Homme 209
Franz Matscher

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS — ONU

Arbitragem comercial internacional — Análise da lei-modelo da CNUDCI de 1985 229
*Maria Ângela Coelho Bento Soares e
Rui Manuel Moura Ramos*

ESTUDOS

LE NOM EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ SUISSE 389
Paul Volken

Composto
e Impresso
na
LITOGRAFIA TEJO
LISBOA