

MAYO - 2017

# ARBITRAJE VENEZUELA

## EDITORIAL

Resaltar la actividad institucional, compartir el conocimiento y experiencia de nuestros árbitros, equipo CACC e instituciones amigas internacionales, es el enfoque de este segundo número de ARBITRAJE VENEZUELA.

Desde el tratamiento del orden público, la experiencia institucional del Centro de Arbitraje de Milán, hasta las actividades CACC que fomentan la cultura de los MARC/ADR en nuestros jóvenes.

Nuestros lectores, tendrán la oportunidad de conocer y compartir con nosotros criterios que abren el debate para la interpretación y enorgullecerse del talento de los estudiantes venezolanos que hoy se forman en el país, para ser los mejores.

La V Competencia de Arbitraje del CACC nos dejó la sensación de ganadores a todos los involucrados: estudiantes, árbitros, organizadores y amigos de la competencia. El reto ahora es superarnos. Llegar a mayores escuelas de Derecho y hacerlos parte de esta extraordinaria experiencia académica

**Adriana Vaamonde M.**  
Directora Ejecutiva  
Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas



## CONTENIDO

- 03 **V COMPETENCIA DE ARBITRAJE CACC**  
Adriana Vaamonde M. / Directora Ejecutiva  
Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas
- 04 **El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas como institución representativa de la evolución de los MARC en Venezuela**  
Jennifer Marrero / Abogado  
Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas
- 06 **Chamber of Arbitration of Milan: who, what and how**  
Marina Nitrola
- 08 **ORDRE PUBLIC ET ARBITRABILITÉ**  
Francisco G. Prol (Avocat et Arbitre)

## ARBITRAJE VENEZUELA

Publicación del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas,  
Año 2, N° 2 – Mayo 2017

Directora:

Adriana Vaamonde

Supervisión y Coordinación Editorial:

Letizia Buttarello Lavarte (CNP: 6.043)

Diseño Gráfico:

Esther Figueira López

Dirección: Avenida Andrés Eloy Blanco, Edif. Cámara de Comercio, piso 5. Los Caobos.  
Caracas, Venezuela.

Teléfonos: + 58 (212) 571.88.31 / 571.91.13

Fax: + 58 (212) 578.24.56

Página Web: [www.arbitrajecc.org](http://www.arbitrajecc.org)

Twitter: [arbitrajecc](#)

Facebook: [arbitrajecacc](#)

E-mail: [centrodearbitraje@arbitrajecc.org](mailto:centrodearbitraje@arbitrajecc.org)

[comunicaciones@lacamaradecaracas.org.ve](mailto:comunicaciones@lacamaradecaracas.org.ve)



El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) es una institución encargada de administrar procedimientos de mediación y arbitraje que cuenta con la experiencia, especialización e infraestructura para que los Mediadores y Árbitros cumplan con el trabajo encomendado, de manera contractual, por las partes; lo que permite que estas satisfagan sus intereses, bien a través de un acuerdo o de un laudo definitivamente firme. Los Centros de Arbitraje no deciden los casos, sólo los administran, pues la justicia impartida emana de las propias partes (mediaciones) o de un tercero imparcial (árbitro) designado por las estas mismas.

Prestamos nuestros servicios de Mediación y Arbitraje conforme a nuestro Reglamento General que regula el procedimiento, contamos con una lista abierta de mediadores y árbitros expertos en diversas materias y tenemos una amplia red de colaboradores a nivel internacional para la tramitación de arbitrajes internacionales.

Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) tienden la mano a comerciantes, emprendedores y empresarios (pequeños, medianos y grandes) para la resolución de sus conflictos. Somos una forma de administrar justicia a la medida de las necesidades del negocio, de manera eficaz, rápida y eficiente. Igualmente, somos promotores académicos y profesionales de los MARC.

Luego de 18 años de actividad, el CACC es la Institución de Arbitraje más conocida en Venezuela, con más de 450 expedientes tramitados, somos el punto de referencia mundial para el arbitraje en el país.

Nuestro trabajo constante en aras de impulsar y mejorar el buen uso de la solución de conflictos ha dado frutos en diversas áreas:

- 1) Mejor y más eficientes servicios con un Reglamento flexible de costos previsibles y la trayectoria de un creciente número de casos.
- 2) Un núcleo de promoción y capacitación en materia de Arbitraje.
- 3) El avance en materia jurisdiccional.
- 4) La creación de redes de instituciones que colaboran internacionalmente en el tema.
- 5) La Competencia Nacional de Arbitraje.
- 6) La Copa Arbitraje.
- 7) El reconocimiento y apoyo internacional.

### Cláusula Modelo

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas recomienda la siguiente cláusula arbitral:

Toda controversia o diferencia que verse sobre la existencia, extensión, interpretación y cumplimiento de este contrato, será resuelta definitivamente mediante arbitraje en la Ciudad de Caracas, Venezuela, de acuerdo con las disposiciones del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.

El Tribunal Arbitral estará compuesto por \_\_\_ (1 ó 3) árbitro(s) el (los) cual(es) decidirá(n) conforme a derecho (o equidad).

## V COMPETENCIA DE ARBITRAJE CACC

Adriana Vaamonde M. / Directora Ejecutiva  
Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas

Durante los tres días de jornada nuestros salones se llenaron de aprendizaje, entusiasmo y esperanza. Contagiando a todos por igual: árbitros, estudiantes y organizadores, e invitándolos a trabajar juntos por debatir, al más alto nivel, un caso a ser resuelto mediante Arbitraje de acuerdo con el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.

Con la participación de la Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Monteávila y Universidad de Carabobo, los estudiantes aceptaron el reto de ser parte en esta Competencia desde el mes de septiembre de 2016.

Leído y estudiado el caso, los jóvenes se enfrentaron en dos fases: la primera, la atapa escrita, donde cada quien presentó sus argumentos como demandante y luego como demandado. Llegando así a la segunda fase, contentiva de rondas eliminatorias, donde les tocó presentar de forma oral sus argumentos ante Tribunales Arbitrales experimentados para oponer sus defensas, basadas en el derecho aplicable, doctrina y jurisprudencia.

La UCAB y la UMA lograron con éxito superar las rondas eliminatorias y pasar a la Gran Final, que se celebró abierta al público en el Auditorio de la Cámara de Caracas.

Un grupo de árbitros del CACC constituyeron el equipo evaluador de ambas fases y la premiación estuvo a cargo de nuestro extraordinarios patrocinantes **AMIGOS DE LA COMPETENCIA**, quienes colmaron a los estudiantes de premios que favorecen el mejoramiento y perfeccionamiento académico.

### TRABAJO EN EQUIPO

*"Seis meses de arduo trabajo valieron la pena"*, se escuchaba entre los estudiantes que gritaban de emoción. La gratificación del trabajo en equipo. El reconocimiento académico producto de un esfuerzo que no hubiese sido posible sin el apoyo de las universidades, los coordinadores y orientadores. Sin el desvelo de padres orgullosos al ver a sus hijos reconocer el valor del trabajo y el esfuerzo por alcanzar la excelencia.

Ganaron todos, pues durante la competencia imperó el respeto profesional, el alto nivel académico, el compañerismo y la esperanza de construir un futuro con los mejores.

### Agradecimiento:

Agradecemos especialmente a los **AMIGOS DE LA COMPETENCIA** por hacer esta actividad posible y al Equipo CACC por su esfuerzo en guardar detalles en la organización.

Esperamos cada año se sumen más universidades con estudiantes ávidos de conocimiento e interés por la superación académica y que la **COMPETENCIA DE ARBITRAJE CACC** se convierta en una tradición para los estudiantes de derecho en Venezuela, así como un semillero para las instituciones que quieran aupar a las nuevas generaciones de abogados y árbitros.

Los invitamos a vivir con nosotros esta experiencia a través del video colocado en el canal de Youtube de la Cámara de Caracas: <https://www.youtube.com/watch?v=D4fdCi418sM>



# El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas como institución representativa de la evolución de los MARC en Venezuela

Jennifer Marrero / Abogado  
Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas



Desde su fundación el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas se ha consolidado como una institución arbitral ampliamente conocida en Venezuela, con varios centenares de procedimientos arbitrales tramitados y años de trabajo incesante a los fines de hacer de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) mecanismos sólidos, eficaces y confiables de obtención de justicia en el país.

Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) constituyen una herramienta al alcance de comerciantes, emprendedores y empresarios para la resolución de sus problemas. El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, entendido como una institución especializada, cuya función principal es la de colaborar y administrar los procedimientos y enmarcado en la normativa contemplada en la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) que entró en vigencia en 1998, ofrece una forma de administrar justicia a la medida de las necesidades actuales, de manera eficaz, rápida y eficiente; además de constituirse en promotor académico y profesional de los MARC con proyección nacional e internacional.

Son múltiples las actividades que el CACC desarrolla día tras día con el claro objetivo de aportar en la formación y consolidación de la cultura arbitral en el país; ello sin perder de vista su principal labor: la administración de los casos, procurando siempre ser consecuentes con aquellos que han depositado su confianza en esta institución, a los fines de que sea la encargada de velar por la correcta tramitación de un procedimiento cuyo fin máximo es la obtención de justicia de manera eficaz.

## EL REGLAMENTO DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE CARACAS Y SU CONSTANTE ADECUACIÓN A LA REALIDAD

No es tarea sencilla la que se atribuye cada vez que se acoge la cláusula compromisoria CACC en un contrato o se celebra un acuerdo arbitral, y conscientes de la responsabilidad que ello implica y en celoso apego al mandato contenido en el artículo 13 de la Ley de Arbitraje Comercial, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas cuenta con una herramienta fundamental que no es otra que su Reglamento, en el cual se recoge de manera sintetizada, clara y precisa la normativa inherente a los aspectos fundamentales que enmarcan el procedimiento arbitral y el de mediación, ambos concebidos bajo la administración del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.

Convencidos de que la dinámica de la realidad es capaz de afectar la aplicación práctica de cualquier norma, en el Centro de Arbitraje se realizan constantes revisiones a su Reglamento con el fin de que este instrumento responda siempre a la realidad de los procedimientos tramitados, a la jurisprudencia y a las necesidades de los usuarios.

Es así como en la última versión del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas que entró en vigencia el día 1º de febrero de 2013, se introdujeron modificaciones interesantes siendo quizás las de mayor impacto la creación de un procedimiento para la solicitud de medidas cautelares de urgencia, que en atención al desarrollo jurisprudencial en Venezuela a favor del principio pro arbitraje, permite la constitución de un tribunal arbitral ad hoc con el fin de conocer de una solicitud de medida cautelar previa a la presentación de la solicitud de arbitraje, pero siempre condicionada a ésta.

Una segunda modificación trascendental fue la creación de un procedimiento abreviado especial para aquellas causas de menor cuantía, el cual destaca por su celeridad y por la importante aminoración de costos que implica.

Otra de las reformas que permite apreciar el interés en que el Reglamento no esté de espaldas a la dinámica social del país, es que en él se prevé la existencia de un mecanismo de ajuste por inflación de los honorarios de los árbitros fijados por el Comité Ejecutivo del CACC al principio del procedimiento; este ajuste se aplica una vez finaliza la tramitación del procedimiento arbitral a los fines de asegurar que la retribución a la que tienen derecho los árbitros por su labor no se vea menguada en razón de los índices inflacionarios que afecta a la economía nacional.

La labor diaria constituye la principal fuente inspiradora de constantes revisiones a la normativa que enmarca la actuación del CACC, procurando observar y respetar siempre el principio de la libre voluntad de las partes, que permite a éstas de mutuo acuerdo diseñar un procedimiento acorde a sus necesidades, ello no implica bajo ningún concepto dejar de velar por el respeto de los derechos constitucionales fundamentales como el acceso a la justicia, debido proceso, tutela judicial efectiva, derecho a la defensa, entre muchos otros.

#### LOS ÁRBITROS Y MEDIADORES COMO PIEZA ANGULAR DEL FUNCIONAMIENTO DE CACC

Más de 150 árbitros y 21 mediadores tanto nacionales como extranjeros, especializados en la más amplia gama de materias constituyen la propuesta que ofrece el CACC a sus usuarios en la lista tanto de árbitros como de mediadores, la cual se encuentra sujeta a revisión periódica por el Comité Ejecutivo del CACC, sin embargo, éstas no limitan en modo alguno la libre voluntad de las partes de seleccionar el árbitro que en su criterio cumpla con los requerimientos necesarios conforme a la complejidad y especialidad del caso, permitiendo entonces la escogencia de cualquier otra persona que consideren reunir las aptitudes para desempeñarse como árbitro en cada caso particular así no pertenezca a la lista de árbitros oficial del CACC, siempre sometido a la ratificación por parte de la Dirección Ejecutiva del Centro de Arbitraje.



Es imposible no destacar el influjo de la labor de los árbitros y mediadores en el funcionamiento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, pues es en ellos en quienes recae definitivamente la parte medular de la función que se desempeña y quienes con marcado profesionalismo procuran la obtención del fin último que inspira la existencia de los MARC, la justicia efectiva.

#### EL APORTE DEL CACC AL DESARROLLO DE LA CULTURA ARBITRAL EN EL PAÍS

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas desde sus inicios ha desarrollado una intensa labor académica y de difusión de los MARC en el país, son múltiples las modalidades aplicadas en la consecución de estos objetivos, desarrollando cursos, talleres, diplomados, colaboraciones universitarias, convenios con cámaras a nivel regional y, quizás una de sus más destacables iniciativas, el desarrollo de una competencia de arbitraje, en la que de forma didáctica se permite a los estudiantes universitarios participar en un caso simulado de arbitraje comercial, permitiendo que éstos adquieran conocimientos y herramientas valiosas para su desempeño profesional.

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, como actor de la escena jurídica venezolana además de su importante labor como institución arbitral, ha sido, sin dudas, un significativo contribuyente en la formación de cultura de arbitraje y en general de MARC en el país, con clara visión de la jerarquía que reviste la promoción, difusión y capacitación en la materia, procurando proyectarla a las nuevas generaciones de juristas, con el objetivo de que, cada vez más, los medios alternativos de resolución de conflictos logren afianzarse en la conciencia nacional como mecanismos idóneos y accesibles para la obtención de justicia.



## Chamber of Arbitration of Milan: who, what and how

Marina Nitrola

*The Italian arbitration scenario is changing: players are becoming increasingly aware of arbitration's potential and, therefore, they are becoming more demanding. The legal system begs for a regulatory renewal and whoever is involved in arbitral proceedings expects its management to be more and more efficient: the Chamber of Arbitration of Milan has accepted this challenge.*

### Who we are

The Chamber of Arbitration of Milan (CAM), that was established in 1986 as special branch of the local Chamber of Commerce, has always had a vision: spreading, sharing, increasing and promoting the ADR culture. In doing so, it has become the leading institution in Italy, for number of cases managed and international activities carried out. In addition to the arbitration service, CAM provides for mediation, online mediation, resolution of .IT domain names disputes and appoints constructions Dispute Resolution Boards. The Chamber also hosts a Studies Center, where a library deeply focused on ADR is available.

CAM performs its arbitration tasks through the Secretariat, an administrative body daily handling the arbitral proceedings and through the Arbitral Council, a technical body with competence over all the matters related to the administration. The Secretariat is headed by a Secretary General and his Deputy; it comprises five lawyers – case managers - and four accountants. The managers assist parties, counsel and arbitrators throughout the entire proceedings, from the filing of the request for arbitration to the set of the award: they take minutes of hearings, issue orders according to the Arbitration Rules, relate to the Council on the status of the proceedings, examine the draft award before the arbitrators sign it and do any other acts they deem necessary or appropriate to the good development of the proceedings. The Council, chaired by a President and currently composed of nine members appointed among Italian and foreign experts, scholars and professionals, is in charge, among other, of arbitrators' appointment and challenge, extension of the time limit set to render the award and determination of costs. The members meets once a month but, in any urgent case, the President has the power of taking any measure that is within the Council's competence.

### What we do: best practices

Ensuring efficient case management is not enough to spread out the alternative justice culture as CAM aims to do: a wide diffusion of the best practices is essential to achieve this goal.

Mirroring international best practices, CAM has been periodically updating the Rules applicable to the proceedings: the last version, entered into force in 2010, applies to both domestic and international disputes and has proved full compliance with the new regulations introduced by the Italian legislative reform of arbitration enacted on 2006. The Rules guarantee the respect of parties' autonomy: most of them can be jointly waived by the parties, excepted those concerning costs (always determined by the Arbitral Council and collected by the Secretariat, as not to allow direct transactions between parties and arbitrators) and those regarding the confirmation of arbitrators. CAM pays particular attention to the neutrality of arbitrators: they all must, regardless the appointing authority, disclose any circumstance, relation or fact that may affect their impartiality or independence.

In 2015, 256 arbitrators were appointed<sup>1</sup>: among them, 78,5% were confirmed by the Institution and 7,4% were replaced<sup>2</sup>. During the above mentioned year, 131 new requests for arbitration were filed with the Secretariat, involving 335 parties from different countries<sup>3</sup> and having an average value of more than 3 million euros; 23% of those disputes were international, most of them (26%) on corporate matters. 71 final awards were rendered during that year and the average duration of the proceedings, from the constitution of the Arbitral Tribunal to the end, has been of 12 months.

Since it has been founded, CAM regularly organizes and promotes training courses, conferences, seminars and round tables. All of the recurring events organized by CAM constantly record a high participation: the annual Arbitration Training Course is now in its eleventh edition, the Annual Conference in its seventh, the Pre-Moot in its eighth, the Simulated Arbitration in its second. In addition to these regular activities, CAM provides in-depth focus on specific topics, such as the drafting of the arbitration clause, cross examination, ethics and behavior of counsels in arbitration.

The institution is also directly involved in the ongoing regulatory review: the twentyfive-year experience in managing arbitration proceedings led to the elaboration of a position paper submitted to the Commission entrusted in March 2016 by the Italian Minister of Justice to reform the regulation of ADR and, particularly, of arbitration.

As a landmark for the Italian arbitration landscape, CAM guarantees its presence on the territory through its Rome branch, opened in 2014, and entered into several agreements with various other Italian Chambers of Commerce<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> 44,1% of them have been appointed by the parties, 46,8% by the Arbitral Council, 7,4% by the co-arbitrators and 0,12% by others appointing authority. Among them, 21 women have been appointed as arbitrators by the Council, 11 by the parties, 2 by other authorities.

<sup>2</sup> 0,4% of arbitrators did not accept the appointment. At the time of the statistics, 12,9% of arbitrators still had to be confirmed while 0,8% of the disclosures - rendered by arbitrators appointed during the last weeks of the year - still had to be checked. The arbitrator is replaced in case of missed confirmation, loss of impartiality or independence during the proceedings, successful challenge, death, withdraw on serious grounds, deep violations of the Rules or other serious misconduct.

<sup>3</sup> 294 of them having their legal seat in Italy, 24 in other European Union Countries and 17 in non-EU Countries.



At an international level, CAM is involved with several associations, such as IFCAI (International Federation of Commercial Arbitration Institutions) and ITA (Institution for Transnational Arbitration); it is the technical provider of ISPRAMED<sup>5</sup>, the Institute for the Promotion of Arbitration and Conciliation of the Mediterranean area; it cooperates with distinguished arbitration centers: VIAC (Vienna International Arbitration Centre), SCC (Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce), DIS (German Institution of Arbitration) and, since 1989, it has been hosting the annual meeting of the Club of Arbitrators, an association of experts and practitioners in the field of international arbitration.

Thanks to its commitment and sensitivity to changes in the arbitration world, CAM is a benchmark for the arbitration practitioners in Italy. There is a strong synergy between the Institution and the Italian forensic community: prestigious law firms<sup>6</sup> support CAM activities through sponsorship agreements, contributing to the realization and implementation of the activities carried out by CAM and, in doing so, to the promotion of arbitration culture.

#### How we do it: transparency

Sensitive to the demands of its referees, the Chamber adopted relevant measures to make its work transparent: statistics relating to the administered proceedings are always available on its web site and more detailed or specific data can be provided for upon request.

In 2011, together with the Carlo Cattaneo University, CAM elaborated the Guidelines for the Anonymous Publication of Arbitral Awards. More recently, the Chamber publicized the names of arbitrators sitting in Arbitral Tribunal formally constituted since January 2016. None of the data relating to parties, their counsels or the subject matter of the dispute for which the arbitrator is in charge is reported, in order to protect the confidentiality; CAM disclosed the appointing authority, the role of the professional in the Arbitral Tribunal (chair, co-arbitrator, sole arbitrator) and his/her city or nationality<sup>7</sup>.

In order to constitute a first institutional case-law and contribute to increase the awareness of independence and impartiality of each arbitrator, last June CAM also published the first collection of the decisions taken by the Arbitral Council on the confirmation of the arbitrators. The published cases concern the arbitrators' relationship with parties and counsels; in the following cases related to arbitrators' interests in the outcome of the dispute or their bias towards the subject matter of the case will be highlighted.

Through its initiatives, CAM aims to make its activities known and raise awareness among operators on hot topics, so that even those who are not familiar with arbitration, may refer to such useful tools to approach it.



<sup>4</sup> The dispute resolution service is one of the regulatory markets functions that Italian Law grants to the Chambers of Commerce; several of these last entered with CAM into agreements under which arbitral proceedings shall be co-administered, applying the CAM Rules. As a consequence, parties, counsels and arbitrators can make reference (to submit briefs or to hold arbitral hearings) indifferently to the CAM or to other, agreed Chamber of Commerce.

<sup>5</sup> ISPRAMED coordinates a network among the most representative arbitral institutions in the Mediterranean Basin, in order to elaborate common principles in managing arbitrations and mediations and to ensure a shared system of commercial alternative justice to the companies operating in the area.

<sup>6</sup> The list of the firms sponsoring and supporting CAM's activities is available on [www.camera-arbitrale.it](http://www.camera-arbitrale.it)

<sup>7</sup> During the period January-April 2016 61% of arbitrators have been appointed by the Institution, 35% by the parties and 4% by the co-arbitrators. 8% of the arbitrators is not Italian.

# ORDRE PUBLIC ET ARBITRABILITÉ

Francisco G. Prol (Avocat et Arbitre)\*



MESDAMES, MESSIEURS, BONJOUR

Permettez-moi d'adresser mes premiers mots au Club Espagnol de l'Arbitrage, comme au Comité Français de l'Arbitrage, que je souhaite remercier, avant toute chose, de m'avoir invité à participer cette année à l'initiative magnifique que sans aucun doute constituent les Regards Croisés.

Quelques mots, en second lieu, adressés à mon aimable auditoire: je vous prie de m'excuser des "attentats" que je puisse commettre contre la langue de Racine et de Molière, qui m'est d'ailleurs si chère, car, assistant assidûment aux réunions des Regards Croisés, je me suis imposé une discipline personnelle consistant à parler en espagnol lorsque la réunion se tient en Espagne et à fouetter l'audience avec mon français lorsque la réunion se développe en France.

## Ordre Public (OP) et Arbitrabilité

Pour commencer à traiter l'affaire qui fait l'objet de mon exposé, l'Arbitrabilité et l'Ordre Public (OP), il convient de préciser d'abord les termes dont nous allons parler.

### A) L'ARBITRABILITÉ

Même si le terme d'arbitrabilité n'est pas facile à définir, il me semble possible de le délimiter. Ainsi, la doctrine espagnole, notamment les commentaires soulevés par l'article 2 de la Loi relative à l'Arbitrage (LA), considère l'arbitrabilité comme la qualité qui s'applique à certaines hypothèses dans lesquelles les parties peuvent soumettre à une procédure arbitrale la solution de leurs controverses.

La doctrine espagnole impose trois conditions pour qu'un cas déterminé puisse être considéré comme arbitrable, à savoir:

– Disponibilité.- Les parties doivent jouir du pouvoir de disposition sur les matières qui font l'objet du litige, au sens de l'article 2 de la LA, selon lequel "... sont arbitrables les controverses portant sur les matières dont on a la libre disposition".

– Patrimonialité ou "Financial Interest".- Les droits individuels ne sont pas arbitrables. Si j'ai bien compris, en France, au moins en matière d'arbitrage national, l'arbitrage est acceptable "en raison d'une activité professionnelle", ce qui semble empêcher, à titre d'exemple et sauf indication contraire de votre part, la soumission à l'arbitrage des

disputes dérivant de la distribution d'une succession entre les héritiers.

– Absence d'attribution impérative de juridiction.- Si la Loi attribue de façon exclusive à une juridiction spécifique la compétence pour la résolution d'une controverse déterminée, cette matière est exclue de la volonté des parties dans ce sens que celles-ci ne peuvent pas soumettre la résolution de cette controverse à la voie de l'arbitrage.

En ce qui concerne ce que doit être entendu par arbitrabilité dans le champ d'application de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ("Convention de New York") (New York, 1958), les pays ayant une tradition juridique romaine ou continentale et les pays de la *common law*, ayant une tradition juridique anglo-saxonne, se divergent. Le Droit espagnol penche clairement pour le système de la Civil Law.

Dans les pays régis par la Civil Law, l'arbitrabilité se réfère uniquement à l'objet matériel de la Convention de New York, et ceci indépendamment de la discussion sous-jacente sur l'existence d'une arbitrabilité subjective, outre l'arbitrabilité objective<sup>1</sup>. Cependant, dans les pays soumis à la *Common law* l'arbitrabilité est conçue dans un sens plus large. Il s'agit de l'arbitrabilité sensu *lato* utilisée pour désigner le champ d'application de la Convention de New York. Nous l'avons vu plus haut, la seule limite imposée par la Loi espagnole à la soumission d'une matière à l'arbitrage consiste en la nécessité que cette matière soit disponible pour les parties.

<sup>1</sup> Marta Gonzalo Quiroga; NORMES IMPÉRATIVES ET ORDRE PUBLIC DANS L'ARBITRAGE PRIVÉ INTERNATIONAL.

## **B.- L'ORDRE PUBLIC**

S'agissant de l'Ordre Public (OP), il convient à mon avis d'indiquer d'abord que cette institution juridique peut avoir une influence définitive sur la naissance, le développement et la terminaison de la procédure arbitrale à deux moments différents. D'une part, au moment de l'analyse de la validité d'une convention d'arbitrage (afin de constater que celle-ci ne contient aucune matière indisponible pour les parties) et, d'autre part, au moment où les juridictions compétentes contrôlent que la sentence rendue par l'arbitre afin de mettre fin à la procédure ne contrevient pas aux principes de l'Ordre Public.

Dans cette partie de la réunion, nous allons traiter uniquement des relations entre l'arbitrabilité et l'Ordre Public à l'heure de décider si la matière soumise à la décision des arbitres peut être considérée comme inarbitrable du fait de figurer parmi les cas réservés à l'Ordre Public.

### **(i) Concept**

Il est très difficile, sinon impossible, de préciser de façon exhaustive la signification du terme de l'Ordre Public. En Espagne (et il me semble qu'en France également), il n'est pas possible de trouver une liste de matières considérées comme appartenant à l'OP, ni un texte légal contenant une définition satisfaisante de cette institution.

La jurisprudence espagnole a toujours défini de façon vague et générale ce que doit être entendu par Ordre Public. Aussi, d'après l'arrêt rendu par la Cour d'appel ("Audencia Provincial") de Madrid le 4 mai 2012 (qui sera mentionné postérieurement pour sa précision dans la définition de la relation entre l'arbitrabilité et l'OP), s'appuyant sur plusieurs arrêts<sup>2</sup> du Tribunal Constitutionnel espagnol, "... l'ordre public consiste uniquement et exclusivement en l'ensemble des principes qui inspirent le système juridique et qui sont absolument obligatoires afin de maintenir un modèle de société pour une population et une époque déterminées...".

Il s'agit évidemment d'une définition volontairement vague et imprécise, qui parle des principes *inspirateurs* du système juridique sans les concrétiser et qui ne permet même pas de se faire une idée des conditions devant être remplies par un principe déterminé pour être considéré comme un élément inspirateur du système juridique.

Cependant, deux des éléments de cette définition d'OP méritent à mon avis d'être remarqués, à savoir:

1. Il est expressément indiqué que le terme d'OP se réfère **uniquement et exclusivement**, à l'ensemble des principes qui inspirent le système juridique, ce qui veut dire que seuls ces principes sont inclus dans la notion de l'Ordre Public (en tant que générateur d'inarbitrabilité), étant considérés comme les fondements du système, alors que les "émanations" de ces principes, qui forment le corps du système, n'entreraient

pas dans ce concept. A titre d'exemple, les règles impératives, même faisant partie du système juridique, ne peuvent pas être considérées comme principes inspirateurs du système juridique.

2. L'analyse des hypothèses susceptibles de constituer des cas d'Ordre Public doit être effectué prenant en considération les **circonstances de temps et de lieu**, ce qui veut dire qu'une hypothèse considérée à un moment donné comme une matière d'OP peut ne pas l'être à une époque différente. De même, ce qui peut être considéré comme un cas d'OP dans un pays peut ne pas l'être dans le pays voisin.

La définition donnée par nos tribunaux à l'OP semble donc ouvrir la porte à l'acceptation de l'existence d'un OP international ayant les mêmes caractéristiques (et la même difficulté de précision) que l'OP interne.

La frustration que comporte cette imprécision dans la définition du terme d'OP est telle que certains auteurs ont qualifié cette institution juridique, d'une part d'exaspérante (car ses éléments sont extrêmement difficiles à préciser), d'autre part d'indispensable (car la précision de ses limites et de son application est essentielle pour décider quelles sont les matières qui peuvent être soumises à la connaissance et à la décision des arbitres).

### **(ii) Exemples**

Comme il est parfois plus clair d'expliquer un concept par un exemple que de le faire moyennant une définition rigide et hermétique, permettez-moi d'illustrer le terme d'OP par deux exemples:

**a) Divorce:** c'est l'exemple que l'université utilisait dans les années 70 pour que nous étudiants comprenions le concept "évanescence" de l'OP. Le régime franquiste refusait systématiquement l'exécution des jugements de divorce qu'on essayait d'exécuter en Espagne, se basant sur l'idée que cette exécution contreviendrait à l'Ordre Public interne, dans ce sens qu'elle aurait été incompatible avec les principes généraux inspirant le système juridique espagnol. A souligner à ce propos que le divorce n'était pas reconnu en Espagne en l'époque et, par conséquent, l'idée que les jugements de divorce rendus dans d'autres pays pouvaient prendre effet dans notre pays était inadmissible.

**b) Arbitrage en droit des sociétés:** ce second exemple, plus récent, se réfère aux affaires ayant trait à la vie des sociétés. Lorsqu'il fallait appliquer la Loi des Sociétés Anonymes (LSA) de 1951, la jurisprudence de la Cour Suprême (Cour de Cassation), comme d'ailleurs un grand nombre d'auteurs, considérait que ces affaires ne pouvaient pas être soumis à la voie de l'arbitrage, car les dispositions qui régissaient le régime des sociétés devaient être considérées comme appartenant à l'OP et, par conséquent, ne pouvaient pas être soumises au pouvoir de disposition des parties (ce qui leur empêchait de faire recours à la voie arbitrale).

La jurisprudence a évolué ultérieurement et a commencé à accepter la soumission des conflits des sociétés à l'arbitrage (comme

<sup>2</sup> SSTC 11/87 , 116/1988 y 54/198

le prouve par exemple l'arrêt rendu par la Cour de Cassation le 18 avril 1998), basée sur l'idée que l'OP ne peut pas s'identifier avec les règles impératives. Cette acceptation a été consacrée d'abord par la nouvelle LSA, ensuite par la modification de la Loi de l'arbitrage, constatée enfin par la Loi 11/2011, qui contient un régime assez détaillé des dispositions régissant l'arbitrage en droit des sociétés.

La notion de l'OP a donc évolué (peut être sous l'influence des principes "favor arbitrandum" et "présomption d'arbitrabilité") au fil des ans et parallèlement à l'évolution de la société espagnole, allant d'une conception rigide qui empêchait la soumission de certaines affaires à l'arbitrage jusqu'à une interprétation restrictive, tant en ce qui concerne ses relations avec l'arbitrabilité qu'en ce qui concerne les possibilités d'annulation des sentences arbitrales basée sur l'idée que la matière concernée appartient à l'OP.

### (iii) Types de l'OP

D'après la doctrine espagnole, il y a trois sortes d'OP, à savoir, l'OP national, l'OP international et l'OP transnational.

**– L'OP national:** d'un point de vue interne, l'OP peut être considéré comme "*l'ensemble des règles impératives et critères locaux qui, étant au-delà des limites imposées à la liberté des parties pour la caractérisation du contrat, ne peuvent être ni modifiés ni abrogés par les parties*". Cette définition envisage l'OP sous la perspective du droit matériel plutôt que sous l'angle du droit processuel sous lequel le considèrent d'autres auteurs et la jurisprudence la plus récente.

**– L'OP international:** l'OP international, composé essentiellement des mêmes principes supérieurs que l'OP national, se distingue de ce dernier par son *application, beaucoup plus restreinte en raison des relations privées internationales, qui nécessitent davantage de liberté et de flexibilité*. Comme cet OP doit être plus flexible que l'OP interne, son appréciation doit être moins rigoureuse.

**– L'OP transnational:** cet OP est constitué des principes généralement reconnus et acceptés dans le cadre des transactions internationales. Alors que l'OP dit "international" est soumis aux limitations imposées par l'Etat concerné sur la base de ses intérêts particuliers, l'OP transnational n'est en fonction des intérêts d'aucun Etat particulier.

Comme le déclare professeur Gaillard, l'arbitrabilité ou l'inarbitrabilité d'une controverse internationale dépend essentiellement de la confiance juridique, législative, commerciale, sociale et institutionnelle qu'inspire l'institution arbitrale. Par conséquent, dans les pays où cette institution ne jouit pas de la confiance des juridictions chargées, par exemple, de l'exécution des sentences étrangères, il sera toujours plus facile de vérifier l'application des principes de l'OP national, plus rigides et inflexibles par définition, que de constater l'application des principes inspirateurs de l'OP international (ou transnational).

## C.- OP et LOI IMPÉRATIVE

Nous l'avons déjà indiqué plus haut, la notion de l'OP s'est parfois confondue avec celle de la "disposition impérative". Cependant, ces deux concepts ont été distingués depuis bien de temps par le Tribunal de cassation espagnol, qui a constaté (dans le cadre du droit des sociétés) que "... le caractère impératif des normes régissant la contestation des décisions des organes des sociétés ne s'oppose pas au caractère transactionnel, donc dispositif, de ces règles, ... de même l'OP ne peut aucunement être invoqué pour exclure l'ordre arbitral".

Cela veut dire que, dans le cas particulier de l'arbitrage en droit des sociétés, seules les normes configurant la structure institutionnelle des sociétés (à titre d'exemple, la reconnaissance de la Société commerciale en tant que sujet de droit, de même que les conditions propres aux différents types des sociétés) peuvent être considérées comme des règles d'OP, alors que le reste des normes relatives aux sociétés doivent être considérées comme des règles impératives, mais non d'Ordre Public.

Comme la Cour de cassation espagnole l'a également statué à propos des problèmes dérivant de l'acceptation de l'arbitrage en droit des sociétés, la convention d'arbitrage ne concerne pas le *ius cogens*, mais tout simplement la voie procédurale que les parties peuvent choisir pour la résolution des disputes dérivant de l'interprétation des normes de *l'ius cogens*.

De surcroît, d'après le plus haut tribunal espagnol, le fait que les normes relatives à la contestation des décisions des organes des sociétés puissent être considérées comme *ius cogens* n'empêche que ces normes aient un caractère transactionnel, sans appartenir à l'OP, ce qui permet de soumettre à la voie de l'arbitrage la résolution des disputes dérivant de leur interprétation.

La jurisprudence est allée plus loin dans certains cas. Ainsi, à titre d'exemple, le jugement de la Cour d'appel (Audiencia Provincial) de Barcelone, du 16 mars 2005, précise que la limite de l'OP ne peut pas se confondre avec les normes impératives et ajoute que l'équivalence totale de ces deux notions impliquerait la nécessité de considérer comme des règles d'OP la totalité des normes relatives aux sociétés commerciales (ayant un caractère impératif).

Le caractère impératif des normes implique, non l'impossibilité de soumettre à la voie de l'arbitrage les disputes auxquelles ces normes sont appliquées, mais l'idée que ni l'arbitre ni le juge ne peuvent s'écartez de l'interprétation correcte de ces normes pour la prise de leurs décisions.

Cependant, c'est la décision de la Cour d'appel (Audiencia Provincial) de Madrid du 4 mai 2012 qui exprime le mieux l'avis de la jurisprudence espagnole sur les relations entre les normes impératives et l'Ordre Public. Cette décision traite d'un sujet très délicat, celui de l'application des règles d'arbitrage au droit de la concurrence, et précise que les disputes dérivant de ces règles peuvent être soumises à la voie de l'arbitrage, se basant pour cela sur le grand nombre d'occasions dans lesquelles le Tribunal de justice de l'Union Européenne a considéré tout à fait normal

la soumission à cette voie de questions régies par les dispositions du droit européen de la concurrence; cas Eco Swiss/Benetton). "Revenant à nos moutons", cette décision établit, entre autres, que la disponibilité est une qualité qui se réfère aux droits subjectifs en conflit, mais qui ne constitue aucunement une caractéristique des normes appelées éventuellement à régler les conflits pouvant surgir à propos de ces droits.

Somme toute, ce sont les matières, les droits subjectifs en conflit, qui doivent être disponibles.

Cette décision recueille en plus l'interprétation de la Cour de cassation dans son arrêt du 18 avril 1993, mentionné plus haut, selon laquelle la convention d'arbitrage n'est pas en relation avec le caractère *ius cogens* des dispositions juridiques applicables, mais avec la voie procédurale choisie pour la résolution des disputes.

La décision mentionnée dispose en outre que la notion de l'Ordre Public n'exclue pas l'arbitrage: "la violation éventuelle de l'Ordre Public par la décision rendue est une autre question, qui impliquera la nullité de cette décision en vertu d'une action en annulation".

En résumé, deux principes sont essentiels selon la jurisprudence espagnole pour l'étude des relations entre les règles impératives et l'Ordre Public, à savoir:

A) Il ne faut pas confondre la règle impérative avec l'OP (l'arbitre est tenu d'appliquer correctement la règle impérative, alors que l'OP est constitué d'un ensemble de principes supérieurs dans lesquels sont intégrées les règles impératives, non à l'inverse).

B) La convention d'arbitrage ne concerne pas les règles impératives applicables. Elle constitue seulement la voie par laquelle sont réglées les controverses dérivant de ces règles.



#### D.- RELATION ENTRE ARBITRABILITÉ ET ORDRE PUBLIC

En ce qui concerne l'influence de l'OP sur l'arbitrabilité d'un cas déterminé, il convient de revenir sur ce qui a été exposé plus haut à propos de la notion de l'OP envisagé d'une perspective internationale ou nationale. Nous l'avons déjà vu, l'OP international a un caractère plus limité, plus serré que l'OP national et le principe *favor arbitrandum* s'applique plus facilement dans le domaine international. La législation espagnole, pour sa part, semble recueillir ces principes et faire procéder à leur application.

##### (i) L'arbitrage international

Afin d'étudier l'influence éventuelle de l'OP sur l'arbitrabilité, il faut recourir à l'article 9.6 de la Loi d'Arbitrage. Selon cet article, basé sur le principe *favor arbitrandum* propre au droit international privé, une controverse est susceptible d'arbitrage lorsque sont respectées les conditions imposées par les normes que les parties ont choisies pour régir la convention d'arbitrage, ou bien celles imposées par les normes applicables au fond de la controverse ou par le droit espagnol.

Par conséquent, la possibilité de soumettre une controverse internationale à la voie de l'arbitrage en Espagne doit être étudiée, non seulement du point de vue de la législation espagnole, mais aussi bien de la perspective des lois d'autres pays susceptibles d'avoir une grande importance décisive pour apprécier l'arbitrabilité de la dispute.

## (ii) L'arbitrage national

En cas d'arbitrage national, le texte légal auquel il faut recourir pour apprécier l'arbitrabilité, c'est l'article 2 de la Loi d'Arbitrage, déjà mentionné, selon lequel sont arbitrables les disputes portant sur des matières soumises au pouvoir de disposition des parties.

Pour ce qui est de la relation entre l'OP et l'arbitrabilité, il faut prendre en considération que la notion de disponibilité à laquelle nous nous référons est une faculté de disposition relative aux aspects procédurales et non matériels des relations juridiques. Nous l'avons déjà indiqué, les parties peuvent choisir librement la procédure à suivre pour la résolution de leurs disputes, alors qu'elles ne peuvent pas convenir de ne pas appliquer une règle impérative.

## (iii) Contrôle de l'OP

Comme nous l'avons déjà dit, l'OP peut avoir une importance décisive sur la vie de la procédure d'arbitrage à deux moments différents: d'une part, lors de l'initiation de cette procédure (lorsqu'il faut préciser si l'arbitre peut ou non connaître de l'affaire soumise à sa considération, ce qui est possible lorsqu'il ne s'agit pas d'une matière d'OP dont la connaissance lui est interdite) et, d'autre part, au moment où l'une quelconque des parties entend utiliser les moyens de recours mis à sa disposition par la Loi (qu'il s'agisse d'un recours proprement dit ou de l'exercice de l'action en nullité).

Même si nous avons déjà parlé des relations entre l'OP et l'arbitrabilité en ce qui concerne la possibilité de soumettre une matière donnée à la voie de l'arbitrage, permettez-moi de mentionner ici brièvement le contrôle de l'adéquation de la procédure d'arbitrage à la notion de l'OP.

Le Droit espagnol accorde aux parties la possibilité de demander l'annulation de la sentence arbitrale moyennant l'exercice de l'action en annulation.

À ce propos, je dois avouer qu'en Droit espagnol les parties ne peuvent pas, à mon avis, convenir de ne pas exercer l'action en annulation, ce qui, par contre, semble être possible dans d'autres pays. La raison sur laquelle je base mon affirmation, c'est que l'impossibilité de demander aux tribunaux judiciaires la révision de la légalité d'une sentence arbitrale pourrait justement violer les principes de l'OP.

Il semble en effet que le législateur espagnol a toujours voulu que les tribunaux de justice puissent réviser les sentences d'arbitrage, et ceci afin de respecter le mandat constitutionnel en vertu duquel tous les espagnols ont droit à la prestation de la justice effective.

L'intervention des tribunaux, même s'ils se bornent à exercer leur rôle de contrôleur de la légalité de la procédure arbitrale lors de l'exercice de l'action en nullité, protège les parties contre un mauvais fonctionnement de l'institution arbitrale.

À certains auteurs qui soutenaient la thèse qu'il n'était pas possible de soumettre à l'arbitrage certains litiges dans lesquels la volonté des parties de suivre cette voie n'était pas exprimée de façon claire et expresse (se basant sur l'idée que l'absence d'intervention des tribunaux dans ces cas pourrait être considérée comme un refus de prestation de justice effective), il a été répondu que les tribunaux peuvent intervenir dans la procédure d'arbitrage, à la demande des parties, pour contrôler l'adéquation de cette procédure à la législation applicable.

Cette intervention, moyennant la connaissance de l'action en nullité, vient donc atténuer le problème du manque d'intervention des juges dans la procédure arbitrale (du moins dans la première étape de cette procédure).

En guise de conclusion, il m'est à cœur de citer le propos du Professeur Charles Jarrosson (Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale, 1997) eu égard l'avenir des méthodes de solution alternative des controverses :

*« Il est encore trop tôt pour savoir si nous vivons une étape importante dans l'histoire du contentieux, qui verrait naître un nouvel état d'esprit dans le traitement des litiges, favorisant notamment le désencombrement des tribunaux, ou s'il ne s'agit là que d'une mode passagère, généralisée par la facilité des transmissions et le goût immodéré des juristes pour les colloques. Quoi qu'il en soit, la responsabilité des juristes en la matière est grande ; en effet, il leur faut anticiper les difficultés à venir tout en évitant d'en créer là où il n'y en avait pas vraiment. L'efficacité des modes alternatifs est tributaire de leur simplicité et de leur souplesse. Laissons aux stipulations particulières le soin d'affiner les détails de leur fonctionnement en fonction des circonstances et des besoins. »*

Paris, Novembre 2013

\* Notas de la conferencia en la reunión "Regards Croisés" organizada por el Capítulo Francés del Club Español del Arbitraje y la Asociación Francesa del Arbitraje en París el día 29 de noviembre de 2013. Igualmente, el presente artículo ha sido previamente publicado en la Revista de Direito Civil (Lisboa), número 4 (2016).