

Anulação de Sentença Arbitral. Ordem Pública Internacional. Boa-fé processual.

Tribunal Federal Suíço, 19.02.2013,

Julgamento 4A_550/2012.

SUMÁRIO: I – Julgado; II – Comentário: A) Incompatibilidade da sentença arbitral com a ordem pública, 1. Violação do Princípio do *Pacta Sunt Servanda* – má interpretação de disposição contratual e desconsideração da vontade real das partes contratantes, 2. Desconsideração da declaração de testemunha; B) O questionamento da competência da CAS para o julgamento do caso.

I. JULGADO

Bundesgericht

Tribunal fédéral

Tribunale federale

Tribunal federal

4A_550/2012

Arrêt du 19 février 2013

Ire Cour de droit civil

Composition

Mmes et M. les Juges Klett, présidente,

Kolly et Niquille.

Greffier: M. Carruzzo.

Participants à la procédure

X. _____ SA,

représenté par Me Michel Zen Ruffinen, avocat,

recourant,

contre

Y. _____, représenté par M. A. _____, Président,
intimé.

Faits:

A.

Un différend, lié au transfert du footballeur professionnel B. _____ de Y. _____ à X. _____ SA, oppose ces deux clubs. Après diverses péripéties procédurales, il a trouvé son épilogue devant le Tribunal Arbitral du Sport (TAS).

Par sentence du 20 août 2012, la Formation de trois membres, constituée pour trancher ce différend, a admis l'appel interjeté par Y. _____ contre la décision rendue le 28 octobre 2011 dans la cause précitée par la Commission d'appel de la Fédération *** de football et condamné X. _____ SA à payer à l'appelant la somme de 800'000 euros, TVA en sus, avec intérêts à 5% l'an dès le 31 juillet 2011.

B.

Le 19 septembre 2012, X. _____ SA (ci-après: le recourant) a formé un recours en matière civile au Tribunal fédéral aux fins d'obtenir l'annulation de ladite sentence. Il a également requis l'octroi de l'effet suspensif à son recours. A l'invitation du Tribunal fédéral, le recourant a produit une traduction française de son mémoire, rédigé en anglais.

Par ordonnance présidentielle du 5 novembre 2012, Y. _____ (ci-après: l'intimé) et le TAS ont été invités à se déterminer sur la requête d'effet suspensif. L'intimé s'est exécuté en temps utile en produisant un mémoire dans lequel il a également répondu aux griefs articulés par le recourant. Quant au TAS, il a communiqué son dossier au Tribunal fédéral en date du 23 novembre 2012 sans prendre position sur la requête en question.

Considérant en droit:

1.

D'après l'art. 54 al. 1 LTF, le Tribunal fédéral rédige son arrêt dans une langue officielle, en règle générale dans la langue de la décision attaquée. Lorsque cette décision est rédigée dans une autre langue (ici l'anglais), le Tribunal fédéral utilise la langue officielle choisie par les parties. Devant le TAS, celles-ci ont utilisé l'anglais.

Dans les mémoires adressés au Tribunal fédéral, elles ont employé le français. Conformément à sa pratique, le Tribunal fédéral adoptera la langue du recours et rendra, par conséquent, son arrêt en français.

2.

Le siège du TAS se trouve à Lausanne. L'une des parties au moins (en l'occurrence, les deux) n'avait pas son domicile en Suisse au moment déterminant. Les dispositions du chapitre 12 de la LDIP sont donc applicables (art. 176 al. 1 LDIP).

3.

Dans le domaine de l'arbitrage international, le recours en matière civile est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux aux conditions fixées par les art. 190 à 192 LDIP (art. 77 al. 1 LTF). Ces conditions étant réalisées en l'espèce, rien ne s'oppose à l'entrée en matière. Demeure réservé l'examen de la recevabilité des griefs invoqués dans le recours.

4.

Le recourant fait principalement grief au TAS d'avoir interprété les accords relatifs au transfert du footballeur susmentionné au mépris de la volonté réelle des parties contractantes et en faisant abstraction des déclarations du témoin clé de l'affaire. Il conteste, en particulier, la manière dont la Formation a analysé l'art. 5 de l'addendum au contrat de transfert conclu le 30 août 2004 par les deux clubs et le joueur à transférer.

4.1 Une sentence est incompatible avec l'ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique (ATF 132 III 389 consid. 2.2.3). Elle est contraire à l'ordre public matériel lorsqu'elle viole des principes fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants; au nombre de ces principes figure la fidélité contractuelle, rendue par l'adage latin *pacta sunt servanda*.

Le principe *pacta sunt servanda*, au sens restrictif que lui donne la jurisprudence relative à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, n'est violé que si le tribunal arbitral refuse d'appliquer une clause contractuelle tout en admettant qu'elle lie les parties ou, à l'inverse, s'il leur impose le respect d'une clause dont il considère qu'elle ne les lie pas. En d'autres termes, le tribunal arbitral doit avoir appliqué ou refusé d'appliquer une disposition contractuelle en se mettant en contradiction avec le résultat de son interprétation à propos de l'existence ou du contenu de l'acte juridique litigieux. En revanche, le processus d'interprétation en tant que tel et les conséquences juridiques qui en sont logiquement tirées ne sont pas régis par le principe de la fidélité contractuelle, de sorte qu'ils ne sauraient prêter le flanc au grief de violation de l'ordre public. Le Tribunal fédéral a souligné à maintes reprises que la

quasi-totalité du contentieux dérivé de la violation du contrat est exclue du champ de protection du principe pacta sunt servanda (arrêt 4A_276/2012 du 6 décembre 2012 consid. 3.1).

4.2 La Formation a interprété les accords contractuels et, plus précisément, l'art. 5 de l'addendum en ce sens qu'ils conféraient à l'intimé le droit d'exiger du recourant le paiement de 800'000 euros, TVA et intérêts en sus. Ensuite de quoi, dans le dispositif de sa sentence, elle a condamné le recourant à payer à l'intimé ce montant et ses accessoires. Ce faisant, elle a rendu une décision parfaitement conforme au résultat de son interprétation des stipulations contractuelles et, singulièrement, de la clause incriminée de l'addendum.

Sur le vu des principes jurisprudentiels rappelés plus haut, le recourant critique, dès lors, en vain le résultat de cette interprétation. Il s'en prend également en pure perte à l'appréciation qui a été faite par les arbitres des dires du témoin clé de l'affaire.

Le moyen pris de la violation de l'ordre public matériel tombe ainsi manifestement à faux.

5.

Dans un second moyen, le recourant semble vouloir remettre en cause la compétence du TAS, motif pris de la prétendue existence d'un tribunal arbitral que la Fédération *** de football aurait institué et auquel l'intimé aurait dû soumettre son appel en lieu et place du TAS.

L'argumentation développée par le recourant à l'appui de ce grief n'est guère compréhensible et se fonde, du reste, sur des affirmations ne correspondant pas à des constatations faites dans la sentence attaquée ainsi que sur des éléments de preuve non soumis aux arbitres. Quoi qu'il en soit, l'intéressé doit se laisser opposer la constatation, faite sous n. 40 de la sentence attaquée, selon laquelle la compétence du TAS ne faisait pas l'objet d'une contestation ("The jurisdiction of CAS, which is not disputed, ..."). Aussi, sauf à violer les règles de la bonne foi, ne saurait-il venir contester, a posteriori, la compétence du TAS après avoir pris connaissance de la sentence qui lui donne tort.

6.

Cela étant, le présent recours ne peut qu'être rejeté dans la faible mesure où il est recevable.

La requête d'effet suspensif devient, de ce fait, sans objet.

7.

Le recourant, qui succombe, devra payer les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF). L'intimé, qui n'est pas représenté par un avocat, n'a pas droit à des dépens pour les observations qu'il a faites sur la requête d'effet suspensif.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 10'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal Arbitral du Sport (TAS).

Lausanne, le 19 février 2013

Au nom de la Ire Cour de droit civil du Tribunal fédéral suisse

La Présidente: Le Greffier:

Klett Carruzzo

II. COMENTÁRIOS

Trata-se de pedido de anulação de sentença arbitral proferida pela CAS (*Court of Arbitration for Sport*) em disputa relativa à transferência de um jogador de futebol profissional¹. No julgamento ocorrido no dia 20 de agosto de 2012, um painel de três árbitros julgou o recurso que lhe foi submetido contra a decisão do órgão recursal de uma federação de futebol, condenando uma das partes ao pagamento da soma de 800.000 euros, mais TVA, com juros de 5% ao ano a contar do dia 31 de julho de 2011. A parte condenada recorreu ao Tribunal Federal Suíço em 19 de setembro de 2012 buscando a anulação da sentença arbitral, pedindo também à corte a suspensão de seus efeitos até o julgamento final do caso.

¹ As partes não foram identificadas na decisão em análise.

Como as partes não eram domiciliadas na Suíça no momento do início da disputa o *Federal Statute on Private International Law* (PILA) era a lei aplicável ao caso². O principal argumento da recorrente para o pedido de anulação alegava a suposta desconsideração pelo tribunal arbitral das verdadeiras intenções das partes contratantes, em especial no que concerne à maneira pela qual teria sido interpretado o artigo 5 do aditivo ao contrato de transferência assinado pelas partes em 30 de agosto de 2004, além de ter, ainda, ignorado as declarações de uma testemunha chave do caso. Secundariamente, atacava o recorrente a competência da CAS para o julgamento do caso.

A. Incompatibilidade da sentença arbitral com a ordem pública

1. Violação do Princípio do *Pacta Sunt Servanda* – má interpretação de disposição contratual e desconsideração da vontade real das partes contratantes

A alegação de violação à ordem pública é um dos argumentos mais frequentes nos pedidos de anulação de sentenças arbitrais estrangeiras. No ordenamento suíço, pedidos de anulação desta natureza tem fundamento jurídico no artigo 190 (2) (e) do *Federal Statute on Private International Law* (PILA) mas poucos foram os casos em que prosperam.

O Tribunal Federal Suíço posiciona-se de maneira bastante consistente nestes casos, distinguindo a ordem pública em dois tipos: ordem pública material e a ordem pública procedimental. No conceito de ordem pública material estão compreendidos os princípios jurídicos fundamentais – como o do *pacta sunt servanda*, a boa fé contratual etc. – princípios estes que, de acordo com a visão prevalecente na Suíça, devem servir de base para qualquer ordem jurídica. No conceito de ordem pública procedimental está o respeito aos princípios processuais fundamentais geralmente reconhecidos nos diversos ordenamentos jurídicos – como o princípio da igualdade entre as partes, o princípio do contraditório e a boa-fé processual. – e que não podem deixar de ser observados para que se tenha uma decisão compatível com os requisitos básicos de um sistema jurídico baseado no Estado de Direito³.

A primeira vez que o Tribunal Federal Suíço anulou uma sentença arbitral por violação da ordem pública foi no caso 4A_490/2009, no dia 13 de abril de 2010. Tratava-se de um pedido de anulação de sentença arbitral proferida pela CAS, relativa à disputa entre dois clubes de futebol por direitos compensatórios sobre a transferência de um jogador, na qual o tribunal arbitral ignorou o resultado de

² Art. 176 (1) (PILA)

³ No procedimento arbitral, quase tudo é permitido, desde que seja assegurado o respeito aos princípios fundamentais do processo justo. Sobre os limites à autonomia privada em matéria do processo arbitral, cf. Jean François Poudret e Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant Bruxelles, LGDJ, Schulthess, Genève 2000, p. 483.

juízo anterior proferido pelo Tribunal Comercial de Zurique sobre o mesmo caso. A corte suíça, em decisão histórica, afirmou que, ao ignorar a existência de uma decisão judicial anterior à sua, a CAS havia violado o princípio da coisa julgada, reconhecendo o respeito à *res iudicata* como um dos princípios fundamentais de respeito à ordem pública processual⁴.

Uma segunda decisão igualmente histórica ocorreu muito recentemente, em 27 de março de 2012, no julgamento do caso entre o jogador Francelino da Silva Matuzalem e a FIFA (*Fédération Internationale de Football Associations*). O Supremo Tribunal Federal Suíço entendeu que a sentença arbitral proferida pela CAS, ao impor uma condenação que o impedia o jogador de continuar praticando sua atividade profissional e, conseqüentemente, de gerar ganhos que permitissem o seu sustento, havia violado direitos fundamentais da personalidade do jogador. A corte decidiu pela anulação da sentença, fundamentando sua decisão no respeito ao que determina o artigo 27 do Código Civil Suíço⁵ – que estabelece que nenhuma pessoa pode renunciar sua liberdade ou limitá-la de forma a contrariar a lei ou a moral. A decisão da corte suíça ampliou o rol dos princípios usualmente mais citados em casos de violação de ordem pública material, como o *pacta sunt servanda*, a boa-fé contratual e a proibição de abuso de direitos para, pela primeira vez desde a entrada em vigor da Lei Suíça de Direito Internacional Privado, efetivamente anular uma sentença arbitral por violação à ordem pública material⁶.

No caso em comento, o principal argumento da recorrente baseou-se na violação do princípio da força obrigatória dos contratos – o *pacta sunt servanda*. Ao analisar a decisão do tribunal arbitral, o Tribunal Federal Suíço entendeu que os árbitros efetivamente consideraram o que foi estabelecido no contrato. Somente pela análise das obrigações pactuadas entre as partes, principalmente o que estabelecia o artigo 5 do aditivo ao contrato de transferência, poderia o tribunal arbitral ter decidido que montante de 800.000 euros mais o TVA e juros eram devidos para, em seguida, condenar a recorrente ao seu pagamento. Não seria possível chegar-se a esta decisão sem a consideração do contrato, tanto no que concerne às obrigações como um todo quanto em relação ao artigo especificamente citado e por isso o Tribunal Federal Suíço decidiu, mantendo sua clara e reiterada posição em relação ao tema, rejeitar os argumentos da recorrente para negar

⁴ “*The arbitral tribunal violates procedural public policy when it leaves unheeded in its award the material legal force of an earlier judgment or when it deviates in the final award from the opinion expressed in a preliminary award as to a material preliminary issue (BGE 128 III 191 E. 4a p. 194 with references; see also BGE 127 III 279 E. 2b p. 283). Res iudicata is limited to the holding of the judgment. It does not extend to its reasons. The reasons of a judgment have no binding effect as to another disputed issue, but they may have to be relied upon to clarify the scope of the holding of the judgment (BGE 128 III 191 E. 4a p. 195; 125 III 8 E. 3b p. 13; 123 III 16 E. 2a p. 18f.)*”

⁵ *Swiss Civil Code, Art. 27: 1 No person may, wholly or in part, renounce his or her legal capacity or his or her capacity to act. 2 No person may surrender his or her freedom or restrict the use of it to a degree which violates the law or public morals.*

⁶ O comentário completo sobre este caso pode ser encontrado na Revista do CBAr nº36, out-dez/2012, de autoria de Rachel Benevenuto.

provimento ao pedido de anulação da sentença arbitral por violação à ordem pública material. Repetindo os fundamentos já utilizados em decisões anteriores, o Tribunal afirmou que para que o princípio da força obrigatória dos contratos seja violado faz-se necessário que o tribunal arbitral reconheça a existência da obrigação contratual mas se recuse a fazer com que seja cumprida ou, inversamente, que após considerar inexistente uma obrigação contratual, determine o seu cumprimento⁷. O processo de interpretação desenvolvido pelo tribunal e as suas consequências jurídicas escapam ao princípio da fidelidade contratual e não podem ser invocados como causa de anulação da sentença arbitral. Sendo assim, também sob este fundamento não haveria como prosperar o pedido de anulação.

2. Desconsideração da declaração de testemunha.

O segundo ponto dentro a argumentação da recorrente tratava da alegada desconsideração pelo tribunal arbitral da declaração de testemunha considerada “chave”. A decisão do Tribunal Federal Suíço não aprofunda os fundamentos jurídicos utilizados pela recorrente para o pedido de anulação da sentença neste quesito mas os argumentos apresentados pela recorrente eram provavelmente tão frágeis que a corte dedicou apenas duas linhas para rejeitá-los, afirmando que “as críticas à valoração pelo tribunal arbitral das declarações da testemunha eram vãs” e concluindo que os argumentos de violação à ordem pública substantiva eram manifestamente infundados. Parece claro que a testemunha foi efetivamente ouvida pelos árbitros e que a alegada desconsideração dos seus argumentos estaria relacionada não ao cerceamento da parte na produção das provas que entendia serem relevantes ao esclarecimento dos fatos, mas sim à sua valoração pelo tribunal arbitral, o que não seria suficiente para dar azo à anulação da sua decisão.

Na prática da arbitragem internacional é cediço o entendimento de que o tribunal arbitral tem total liberdade para decidir se o depoimento de determinada testemunha oferecida pela parte é relevante ou não para a decisão da causa, mas somente deve fazê-lo depois de ouvi-la. A recusa à produção da prova testemunhal é uma questão muito mais polêmica e que, considerando a necessária busca pela eficiência na Arbitragem, na maior parte das vezes não se justifica em razão dos riscos que traz ao procedimento arbitral⁸.

⁷ Como exemplos de outros casos em que os mesmos fundamentos foram citados, cf. A_260/2009, 4A_488/2009 e 4A_481/2010.

⁸ No artigo “A Produção de Prova”, José Miguel Júdece, cita o caso ICC n.º 5926, de 26/09/1988, em que o tribunal arbitral, não obstante afirmar não ser necessária a produção de prova testemunhal em face da prova documental já produzida, acede ao pedido de inquirição de testemunhas efetuado pela parte. A decisão de aceitação da produção de prova testemunhal é justificada com referência ao “princípio essencial de dar a cada parte a oportunidade de apresentar o seu caso da forma que entender mais adequada” (“*In making the above decision, the arbitral tribunal has been guided by the essential principle of offering each party the full opportunity to present its case as it wishes...*”). Esta decisão pode ser encontrada na *Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration – 1993-1996*, p. 105.

As normas do *International Bar Association* (IBA)⁹ relacionadas ao tema deixam claro este entendimento, estabelecendo que o Tribunal Arbitral deve ter controle completo sobre as oitivas para a obtenção de evidências, limitando ou excluindo questões ou mesmo a presença de testemunhas se considerá-las desnecessárias ao deslinde do caso; também em seu artigo 9, é afirmada a autoridade do tribunal para determinar a admissibilidade, a relevância a materialidade ou a importância do depoimento¹⁰. Não tendo a parte recorrente sido cerceada em seu direito de prestar prova testemunhal não há base para o pedido de anulação da sentença arbitral pelo mero inconformismo em relação à decisão, tendo os argumentos da recorrente sido corretamente rejeitados também neste ponto.

B. O questionamento da competência da CAS para o julgamento do caso

Em seu segundo argumento, a recorrente questionou a competência da CAS para a decisão. Seus argumentos, porém, sequer mereceram uma análise mais aprofundada pelo Tribunal Federal Suíço, que se limitou a considerá-los “incompreensíveis e, além disso, baseados em afirmações sem correspondência com os elementos objetivamente encontrados na sentença atacada e em algumas evidências não submetidas à análise do tribunal arbitral”. Ainda que inexistam na decisão maiores referências aos argumentos utilizados pela recorrente, fica claro que em nenhum momento durante o procedimento arbitral a recorrente questionou a competência da CAS para decidir o caso¹¹. A própria sentença arbitral menciona a inexistência de questionamentos à sua competência durante todo o procedimento (item 40 da decisão: “*the jurisdiction of the CAS, which is not disputed*”), motivo pelo qual seria inadmissível que o inconformismo da parte recorrente surgisse apenas após a prolação da sentença pelos árbitros. A contestação tardia da competência da CAS, nas palavras da corte, não poderia ser aceita sem que com isso fosse violado princípio básico de boa-fé processual, motivo pelo qual este argumento foi igualmente rejeitado.

CONCLUSÃO

A decisão do Tribunal Federal Suíço foi coerente com o histórico da corte e tecnicamente correta ao recusar o pedido de anulação da sentença arbitral proferida pela CAS. Mais uma vez, a corte suíça mostrou regularidade em seus argumentos, deixando claro que a quase totalidade das disputas derivadas de violação

⁹ Diferentemente dos regulamentos de arbitragem, as Regras IBA são, em grande medida, o reflexo das práticas desenvolvidas na arbitragem internacional e são usadas adicionalmente às regras de arbitragem escolhidas. O Tribunal Federal Suíço, no caso 4A_506/2007, reconheceu a importância e a validade das regras do IBA, neste caso específico as relativas a conflitos de interesses, ressaltando, porém, ser a sua utilização uma opção das partes.

¹⁰ O *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, disponível no site <http://www.ibanet.org>

¹¹ Sobre a competência da CAS, é interessante a da decisão do Tribunal Federal Suíço no julgamento 4A 392/2008.

de contrato estão excluídas do campo de proteção do princípio do *pacta sunt servanda* já que somente haverá violação da ordem pública quando o tribunal arbitral aplicar ou recusar-se a aplicar previsão contratual de forma contraditória com a sua própria interpretação ou em desconsideração à existência ou ao conteúdo do instrumento legal em disputa.

Se o caso em comento não traz inovações jurisprudenciais, ao menos serve para sedimentar ainda mais a posição do Tribunal Federal Suíço em relação aos pedidos de anulação deste tipo, tornando a decisão em comento um exemplo do tipo de recurso que não deve ser submetido não só àquela corte, mas também a boa parte dos tribunais com competência análoga em matéria arbitral nos países afeitos à prática da Arbitragem.

AUGUSTO BARROS DE FIGUEIREDO E SILVA NETO

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); mestre em “Direito Internacional Privado e do Comércio Internacional” pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne); mestre em “*Global Business Law*” pelo Instituto de Estudos Políticos de Paris (IEP-Science Po); analista internacional pelo Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Rio de Janeiro; membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr).