



**Civil Procedure Review**  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

***Civil Procedure Review* - ISSN 2191-1339**

**Electronic Law Review in the field of Procedural Law**

**<http://www.civilprocedurereview.com>**

**Vol.7 – N°3 – sept./dec. 2016**



# Summary

## Vol.7 – N°3 – sept./dec. 2016

### **LES INTERFÉRENCES PROCESSUELLES DE LA LOI-CADRE N° 2011/012 DU 6 MAI 2011 PORTANT PROTECTION DU CONSOMMATEUR AU CAMEROUN**

(THE PROCEDURAL INTERFERENCES OF THE STATUTE N° 2011/012 OF MAY 6<sup>TH</sup> 2011 ON  
THE CONSUMER PROTECTION IN CAMEROON)

LÉON HOUNBARA KAOUSSIRI ..... p.3

### **DIE INTERNATIONALE SPORTSCHIEDSGERICHTSBARKEIT VOR DEM DEUTSCHEN BUNDESGERICHTSHOF**

(SPORT INTERNATIONAL ARBITRATION BEFORE THE GERMAN SUPERIOR COURT OF  
JUSTICE)

PETER SCHLOSSER ..... p.27

### **JUSTIÇA MULTIPORTAS E TUTELA CONSTITUCIONAL ADEQUADA: AUTOCOMPOSIÇÃO EM DIREITOS COLETIVOS**

(MULTI-DOOR JUSTICE AND APPROPRIATE CONSTITUTIONAL PROTECTION: CONSENSUAL  
SOLUTIONS IN COLLECTIVE RIGHTS)

FREDIE DIDIER JR. AND HERMES ZANETI JR. .... p.59

### **HARMONIZATION OF CIVIL PROCEDURE: FIRST STEPS OF UKRAINE TO A GENUINE EUROPEAN AREA OF JUSTICE**

IRYNA IZAROVA ..... p.100

### **NEUROCIENCIA Y JUICIO JURISDICCIONAL: PASADO Y PRESENTE. ¿FUTURO?**

(NEURO-SCIENCE AND JURISDICCIONAL PROCEDURE: PAST AND PRESENT. FUTURE?)

JORDI NIEVA FENOLL ..... p.119

### **FIXED ADVOCACY FEES IN ENGLISH CIVIL LITIGATION**

MASOOD AHMED AND CLAIRE PENNELLS ..... p.145



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## **Les interférences processuelles de la Loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun**

(The procedural interferences of the statute n° 2011/012 of May 6<sup>th</sup> 2011 on the  
consumer protection in Cameroon)

***Léon Hounbara Kaossiri***

Ph.D. in Private Law

Lecturer at the University of Ngaoundéré, Cameroon

**Résumé:** L'ambition d'offrir aux consommateurs un cadre juridique à même de leur permettre d'exercer leurs droits substantiels a amené le législateur camerounais à adopter une loi-cadre. Cette loi prévoit des mécanismes dérogatoires aux règles classiques du droit processuel civil. Elle institue une sorte de collectivisation du lien de l'instance et une unilatéralisation de la charge probatoire. Tout en passant en revue l'ensemble des interférences processuelles de cette loi, la présente contribution s'évertue à apporter quelques suggestions nécessaires à l'adéquation des mécanismes prévus par la loi-cadre avec les principes qui régissent la procédure civile. S'il faut garder à l'esprit l'impérieuse idée de protection des consommateurs, il ne faudrait pas perdre de vue la nécessité d'assurer un équilibre entre les acteurs du procès et le souci de garantir une bonne administration de la justice.



**Mots clés:** Protection du consommateur, Action collective, Action préventive, Collectivisation du lien de l'instance, Unilatéralisation de la charge probatoire.

**Abstract:** The ambition to offer consumers a legal framework enabling them to exercise their rights led the Cameroonian legislature to adopt a bill. This provides derogative mechanisms to traditional rules of civil procedure. This law establishes a kind of collectivization of the instance link, and a one-sided probation office. While reviewing procedural interferences of this law, this paper strives at making some suggestions necessary for the adequacy of the mechanisms provided by the legal framework, with the principles governing civil procedure. If we keep in mind the overriding idea of consumer protection, we should not lose sight of the need to ensure a balance between the actors of the trial and the desire to ensure the proper administration of justice.

**Keywords:** Consumers protection, Collective action, Preventive action, Collectivization of the instance tie, one-sidedness of the probation office.

## Introduction

1. Comme le font savoir Bryant GARTH et Mauro CAPPELLETTI<sup>1</sup>, les consommateurs de tous les pays sont aux prises avec un sérieux problème d'accès à la justice, qui se traduit par une difficulté réelle à exercer leurs droits substantiels devant les instances judiciaires. Les procédures judiciaires ordinaires ont montré un peu partout leur incapacité à pouvoir régler les différends liés à la consommation<sup>2</sup>. On a souvent mis en lumière les obstacles à l'action en justice des consommateurs : le coût disproportionné de la justice face aux enjeux pécuniaires souvent modestes des litiges de la consommation, sa lenteur et ses complications quand le

---

<sup>1</sup> M. CAPPELLETTI ET B. GARTH, « A World Survey », in M. CAPPELLETTI et B. GARTH [Sous la dir.], *Access to Justice*, coll. « Florence Access to Justice Project », t. 1, vol. 1 et 2, Alphen ann den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1978.

<sup>2</sup> V. dans ce sens : P.-C. LAFOND, « Le consommateur et le procès – Rapport général », *Les Cahiers de droit*, vol. 49, n° 1, 2008, p. 131.



droit de la consommation aspire à une satisfaction immédiate et sans contrainte, sa solennité intimidante et son formalisme austère et dissuasifs quand les formes imposées par le droit de la consommation se veulent rassurantes. A quoi il faut ajouter les facteurs d'inhibition ou de déstabilisation inhérents au déséquilibre caractéristique des rapports de consommation. C'est ainsi qu'on assiste, dans la plupart des pays du globe, à la construction d'un droit substantiel de la consommation en marge du droit commun. Le droit processuel de la consommation a, le plus souvent, suivi une voie semblable : celle de l'adoption de règles et de procédures à la fois propres à la situation des consommateurs et dérogoires aux principes traditionnels<sup>3</sup>.

Le législateur camerounais semble s'inscrire dans cette logique. En effet, le 6 mai 2011, il a doté ses citoyens d'une loi-cadre portant protection des consommateurs<sup>4</sup>. Cette loi, qui a vocation à s'appliquer à toutes les transactions relatives à la fourniture, la distribution, la vente, l'échange de technologies, de biens et des services<sup>5</sup>, a été présentée par ses premiers commentateurs comme le résultat d'une victoire historique du mouvement consumériste national et une indéniable avancée juridique pour les consommateurs<sup>6</sup>. Mais, elle semble n'avoir pas retenu l'attention de la doctrine, quoiqu'elle consacre pourtant plusieurs innovations dans le domaine de la protection des consommateurs et apparaît dans un environnement marqué par la prolifération des organisations et autres associations consoméristes, d'une part, et la navigation à vue observée dans les textes de référence sur la défense des droits des consommateurs, d'autre part. Avant cette loi, la protection des consommateurs faisait l'objet d'une réglementation diverse et éparse. Aucun texte ne la visait exclusivement. Par contre, une multitude de textes tirés du droit international<sup>7</sup> et du droit national<sup>8</sup> était applicable en la matière.

---

<sup>3</sup> C. BRENNER, « Rapport français », in *Journées internationales colombiennes de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, « Le consommateur et le procès : questionnaire et rapports », Bogota et Carthagène, 24-28 septembre 2007, [En ligne], [www.henricapitant.org/spip.php?article77] (25 mars 2016).

<sup>4</sup> Loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun.

<sup>5</sup> V. art. 1<sup>er</sup> (2) de la Loi-cadre, *op. cit.*

<sup>6</sup> V. P. G. BIKIDIK, « Enfin, une loi sur la protection du consommateur au Cameroun », <http://www.journalducameroun.com/article.php?aid=8859>, consulté le 12 mars 2016.

<sup>7</sup> On peut citer, sur le plan international, entre autres : Les Principes Directeurs des Nations Unies pour la Protection du Consommateur, adoptés le 9 avril 1985 par la Résolution 39/248 de 1985, et leurs extensions en 1999 ; et la Loi modèle pour l'Afrique de juin 1997 sur la protection du Consommateur, édictée par l'Organisation



2. La multiplicité des textes applicables en matière de protection des consommateurs n'était pas de nature à faciliter l'exercice des droits de ces derniers. Ce manquement a été à l'origine de multiples dénonciations et revendications et surtout d'actions de plaidoyers engagées par les organisations de défense des droits de consommateurs, réduits à l'impuissance face aux abus récurrents des opérateurs économiques véreux. La loi-cadre est venue ainsi instaurer un minimum d'équité dans les relations entre les opérateurs économiques et les consommateurs ; notamment en relevant les niveaux de qualité, de fiabilité, de sécurité et d'efficacité des biens et services proposés aux consommateurs.

Une lecture rapide de la loi-cadre du 6 mai 2011 permet de dégager un grand nombre d'avancées en matière de protection des consommateurs au Cameroun. Cette loi-cadre consacre plusieurs progrès à cet effet. Elle entérine un certains nombre de principes inspirateurs de la politique nationale de protection des consommateurs, lesquels sont, pour l'essentiel, en accords avec les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur, tels qu'étendus en 1999. Il s'agit notamment du principe de protection de la vie, de la santé, le droit à la sécurité, de celui de satisfaction des besoins élémentaires ou essentiels. Il s'agit également du principe d'équité qui recouvre le droit à la réparation complète des torts pour les dommages subis et, enfin, celui de participation selon lequel les

---

Internationale des Consommateurs (OIC) ; l'Annexe de l'Accord de Bangui de 1977 créant l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI), révisé en 1999 et en 2015, qui traite de la protection contre la concurrence déloyale.

<sup>8</sup> Il y a lieu de relever aussi l'existence d'une pluralité des textes qui concouraient déjà à la protection du consommateur sur le plan national. Il s'agit par exemple de la Constitution du 18 janvier 1996 qui, dans son préambule, assure à tous les citoyens les conditions nécessaires à leur développement, et garantit à chacun la liberté et la sécurité. Bien avant même la Constitution du 18 janvier 1996, le Cameroun s'était déjà engagé dans le processus de la protection des consommateurs avec l'ordonnance n°72/18 du 17 octobre 1972 portant réglementation des prix. De nombreux textes enrichissaient déjà l'arsenal juridique camerounais en la matière. Pour l'essentiel, ces textes régissent la publicité, les pratiques anticoncurrentielles, la normalisation, la gestion de l'environnement, le dumping et la commercialisation des produits d'importations subventionnés, la métrologie légale, la fraude, la contrefaçon, etc. Un pas décisif avait été franchi par la loi n° 90/031 du 10 août 1990 régissant l'activité commerciale, récemment abrogée<sup>8</sup>, et dont le titre IV était consacré à la protection du consommateur. Les dispositions portant protection du consommateur se trouvaient également parsemées dans le Code civil, notamment les articles 1382 et suivants sur la responsabilité civile, les articles 1582 et suivants sur la vente, qui peuvent être invoqués par les consommateurs pour la défense de leurs intérêts, les articles 1641 et suivants sur la garantie des vices cachés ; et le Code pénal, avec les articles 256, 257, 258, 325 et 326, respectivement sur la pression sur les prix, la destruction des denrées, sur l'altération des denrées alimentaires, l'usure et les ventes prohibées.



consommateurs ont le droit et la liberté de former des associations bénévoles, autonomes et indépendantes de défense de leur droit<sup>9</sup>. Le législateur de 2011 ne s'est pas limité à prévoir des principes directeurs de la protection des consommateurs. Elle a également instauré des garanties institutionnelles de protection des consommateurs, à l'instar du Conseil national de la consommation<sup>10</sup>, dont la mission est : « de promouvoir l'échange de vues entre les pouvoirs publics, les organisations de protection des intérêts collectifs des consommateurs et les organisations patronales ; de favoriser la concertation entre les représentants des intérêts des consommateurs et les délégués des organisations patronales sur les questions relatives à la protection du consommateur ; d'émettre des avis sur tous les projets de textes à caractère législatif et réglementaire susceptibles d'avoir une incidence sur la consommation de biens et services ou sur la protection du consommateur ; d'étudier toutes les questions relatives à la consommation de biens et services ou à la protection du consommateur qui lui sont soumises par le gouvernement »<sup>11</sup>. Elle reconnaît aussi la nécessité des associations de consommateurs et leur donne une certaine légitimité<sup>12</sup>.

**3.** Pour mieux assurer la protection des consommateurs, la loi-cadre du 6 mai 2011 a prévu des mécanismes processuels dont l'objectif principal est d'assurer la réparation des dommages susceptibles d'être causés aux consommateurs et la sanction des atteintes à leurs droits. Ces mécanismes sont parfois dérogatoires aux règles classiques qui régissent l'instance en matière civile. Il est ainsi important de relever leurs particularités afin de montrer à quel point ils contribuent effectivement à la protection des consommateurs. La présente contribution se veut également évolutive. Elle ne se limitera pas seulement à exposer les différents aménagements processuels de la loi-cadre, mais s'évertuera également à apporter quelques suggestions nécessaires à l'amélioration du cadre juridique de la protection des consommateurs. La lecture de la loi-cadre de 2011 laisse entrevoir plusieurs interférences avec

---

<sup>9</sup> V. art. 3 de la loi-cadre.

<sup>10</sup> V. art. 25 (1) : « Il est institué un Conseil national de la consommation, placé auprès du ministre en charge de la consommation ».

<sup>11</sup> V. art. 25 (2) de la loi-cadre.

<sup>12</sup> Selon l'article 21 de la loi-cadre, « Les consommateurs ont le droit et la liberté de former des associations ou organisations de consommateurs bénévoles, autonomes et indépendantes ayant un champ et des zones d'intervention bien définis. Ils peuvent participer aux structures de prise de décision au niveau de l'Etat ».



les règles classiques du procès civil. Ces interférences concernent tant le lien de l'instance que le droit de la preuve. Pour rendre compte de tout cela il convient, d'une part, de la confronter aux principes qui régissent le lien de l'instance (I), avant de l'étudier à la lumière des règles qui gouvernent la charge de la preuve, d'autre part (II).

## **I – La loi-cadre et les principes régissant le lien de l'instance**

4. Comme le reconnaît Roger Pérot, la théorie de l'action en justice a été élaborée au XIXe siècle dans une perspective libérale et individualiste<sup>13</sup>. C'est dans ce sens que les principes qui régissent le lien de l'instance ont été marqués d'un sceau d'individualisme et de relativité. Cependant, la complexité des sociétés contemporaines rend cette conception classique désuète. Conscient de la vulnérabilité des consommateurs face aux professionnels et de l'insuffisance du schéma processuel traditionnel à pouvoir efficacement protéger les intérêts des consommateurs, la loi-cadre du 6 mai 2011 a adopté une procédure dérogatoire aux règles classiques. Elle institue une sorte de collectivisation du lien de l'instance. Les mesures qu'elle prévoit bouleversent non seulement les règles ordinaires qui régissent l'initiative de l'instance (A), mais aussi celles qui gouvernent son issue (B).

### **A – Le bouleversement des principes régissant l'initiative de l'instance**

5. L'initiative de l'instance repose sur un certain nombre de règles traditionnellement affirmées, auxquelles la loi-cadre du 6 mai 2011 semble apporter quelques réaménagements. En vue d'assurer une meilleure protection des droits des consommateurs, cette loi-cadre diversifie les actions susceptibles d'être engagées à l'encontre des professionnels. Elle institue, en outre, une sorte de collectivisation de l'action en justice.

---

<sup>13</sup> R. PERROT, « L'action en justice des syndicats professionnels, des associations et des ordres professionnels », *in* *syndicats professionnels, des associations et des ordres professionnels* », dans *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae. Sectio juridica*, X, Budapest, 1969, pp. 99-106.





C'est du moins ce qu'on peut relever de la lecture de l'article 27 (2) de cette loi-cadre. Selon ce texte, l'action tendant à la défense des intérêts des consommateurs peut être réparatrice ou préventive. Cette dernière modalité de l'action en justice invite à être analysée à la lumière de l'exigence traditionnelle d'un intérêt né et actuel, à laquelle elle apparaît comme une dérogation.

Le droit d'action suppose, en principe, un intérêt « né et actuel », ce qui signifie que l'intérêt qui est pris en considération pour agir en justice ne peut être que celui qui existe au moment où l'action est exercée. Cette condition répond, non seulement, à une utilité pour le plaideur, mais présente aussi une finalité plus globale de sauvegarde de l'autorité juridictionnelle<sup>14</sup>. Selon Motulsky, elle a pour objectif d'éviter « l'encombrement des tribunaux afin que tous ne viennent pas demander des consultations juridiques au juge, soulever des litiges éventuels ou encore, s'occuper d'affaires qui ne les regardent pas »<sup>15</sup>. Un intérêt futur ou éventuel ne saurait, en principe, être suffisant pour fonder une action en justice, ce qui conduit normalement à déclarer irrecevables les actions préventives, notamment celles déclaratoires, interrogatoires ou provocatoires<sup>16</sup>.

6. L'article 27 de la loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur déroge à la règle de l'interdiction des actions préventives. En effet, aux termes de cet article, l'action tendant à la défense des intérêts des consommateurs est intentée devant les juridictions compétentes ou introduite devant les instances arbitrales soit par le consommateur lésé ou par ses ayants droits, soit par une association de consommateurs ou par une organisation non gouvernementale. Lorsqu'elle est introduite par une de ces structures, elle peut être préventive, c'est-à-dire destinée à faire cesser la menace d'une atteinte aux droits du consommateur<sup>17</sup>. Il faut relever que cette disposition participe de la protection du consommateur en ce sens qu'il est possible qu'en l'absence d'un litige actuel, un demandeur soit atteint par une instabilité dans sa situation. Dans cette hypothèse, le litige est futur, mais

<sup>14</sup> S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, Coll. : Thémis Droit, PUF, 2014, n° 64, p. 133.

<sup>15</sup> Cité par S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Coll. : Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2002, n° 62, pp. 53-54.

<sup>16</sup> V. dans ce sens : C. LEFORT, *Procédure civile*, Coll. : Cours, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2014, n° 75, p. 65.

<sup>17</sup> V. art. 27 al. 3 de la Loi-cadre.



l'intérêt est tout de même actuel. C'est la raison pour laquelle, le législateur n'a pas voulu automatiquement rejeter les actions à dimension préventives sous prétexte de l'absence d'un intérêt né et actuel.

7. Il faudrait cependant reconnaître que les actions préventives prévues par la loi-cadre peuvent déboucher sur l'encombrement des tribunaux, si elles ne sont pas encadrées. C'est d'ailleurs ce qui semble se dessiner lorsqu'on lit cette loi-cadre. Les actions préventives y font l'objet d'une simple allusion. Il est donc à craindre, qu'en l'absence d'une véritable réglementation sur ces actions, les justiciables puissent les utiliser abusivement. Il est donc souhaitable que des limites leur soient assignées dans le sens de rechercher un juste équilibre entre le risque de favoriser une société contentieuse d'un côté, et la préservation des intérêts des consommateurs de l'autre. L'on pourrait à cet effet recourir à la sanction de l'abus du droit d'agir<sup>18</sup>. Le caractère abusif, comme dans toute définition de l'abus de droit, soulignerait l'excès alors présent et se manifesterait surtout dans l'exercice du recours au juge. Il ne faudrait cependant pas perdre de vue que le droit de saisir le juge doit l'emporter sur celui de le saisir abusivement<sup>19</sup>. L'abus de droit ne peut normalement être retenu par le juge qu'en cas de faute intentionnelle ou jugée équivalente. Il peut ainsi s'agir de malice, de mauvaise foi ou de faute équivalente au dol de la part de celui qui agit<sup>20</sup>.

8. La loi-cadre du 6 mai 2011 institue ensuite une collectivisation de l'action en justice. En son article 26 (1), elle dispose que « La défense en justice ou devant toute instance d'arbitrage des intérêts d'un consommateur ou d'un groupe de consommateurs peut être individuelle ou collective ». Les dispositions de cet article appellent deux observations. D'une part, elles invitent à être questionnées au regard de l'exigence processuelle d'un intérêt direct

---

<sup>18</sup> Sur la question, lire : J. MOREL, *Les dommages-intérêts au cas d'exercice abusif des actions en justice*, thèse, Paris, 1910, 111 p. ; J.-E. CALLON, « L'abus du droit au juge peut-il être sanctionné ? », *LPA*, 28 mars 2000, p. 4 ; N. CAYROL, « Dommages-intérêts et abus du droit d'agir », 2013, <https://hal-univ-tours.archives-ouvertes.fr/hal-01017593> ; Y. DESDEVISES, « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D.* 1979, p. 21 ; M.-R. RENARD, « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.* 23-24 mai 2007, p. 6 ; J. VIATTE, « Les moyens de droit relevés d'office et le principe de la contradiction », *Gaz. Pal.*, 1980, I, p. 21.

<sup>19</sup> V. P. MONTFORT, « Action de groupe à la française : garantir l'accès au juge », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2013, n° 136, p. 27 ; P.-C. LAFOND, « Le consommateur et le procès – Rapport général », *Les Cahiers de droit*, vol. 49, n° 1, 2008, p. 131 ; M. LACOURSIERE, « Le consommateur et l'accès à la justice », *Les Cahiers de droit*, vol. 49, n° 1, 2008, p. 97.

<sup>20</sup> V. dans le même sens : S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Op. cit.*, n°43, p. 86.



et personnel. D'autre part, elles nécessitent d'être lues en rapport avec la condition de qualité à agir.

En principe, l'initiative de l'instance appartient aux parties qui doivent s'assurer que leur action existe véritablement et remplit les conditions pour être exercée. Pour pouvoir porter son action devant le juge, le plaideur doit démontrer, d'un côté, qu'il justifie d'un intérêt à agir et, de l'autre, qu'il en a la qualité. Ces conditions sont qualifiées de subjectives en ce qu'elles invitent à déterminer si le plaideur peut ou non former l'action en justice.

L'intérêt à agir réside dans la réalité d'un préjudice auquel une mesure obtenue du juge apportera une solution. Il est, par conséquent, l'avantage pécuniaire ou moral que le plaideur souhaite retirer de son action, puisqu'il se matérialise dans le résultat attendu du jugement<sup>21</sup>. L'intérêt qui justifie toute action en justice doit être, à la fois né et actuel, direct et personnel et légitime<sup>22</sup>. Si cette dernière exigence ne semble pas directement affectée par la loi-cadre de 2011, il en va autrement en ce qui concerne les deux premières. En permettant que la défense en justice ou devant toute instance d'arbitrage des intérêts d'un consommateur ou d'un groupe de consommateurs puisse être exercée à titre individuel ou collectif<sup>23</sup>, le législateur semble apporter une nuance à la condition selon laquelle l'intérêt doit être direct et personnel. Elle fait référence à la notion très controversée d'intérêt collectif, dont la protection est assurée par les organisations de protection des intérêts collectifs des consommateurs et les organisations patronales<sup>24</sup>. Cette disposition mérite cependant d'être interrogée au regard des multiples ambiguïtés que suscite la notion d'intérêt collectif. Il ne faudrait pas confondre celui-ci à l'intérêt général, dont la défense incombe au Ministère public. Il n'est pas non plus toujours facile de tracer les limites et d'établir la distinction entre ce qui touche à l'intérêt individuel et l'intérêt collectif, même si la portée pratique de cette seconde distinction peut être discutée<sup>25</sup>. L'intérêt collectif n'est certes pas l'intérêt personnel de celui qui agit, encore moins la somme

---

<sup>21</sup> S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Op. cit.*, n° 61, p. 130.

<sup>22</sup> Relativement à l'exigence de la légitimité de l'intérêt, lire : J. FOMETEU, « L'exigence processuelle d'un intérêt légitime », *CJP 2008*, n° 1, p. 137.

<sup>23</sup> V. art. 26 (1) de la loi-cadre.

<sup>24</sup> V. art. 25 (2) de la loi-cadre.

<sup>25</sup> G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, Sirey, Paris, 17ème éd., 2014, n° 155, spéc. p. 175.



des intérêts individuels représentés, mais il apparaît à l'occasion d'un fait qui porte atteinte à l'intérêt individuel d'une personne<sup>26</sup>. En règle générale, lorsqu'une personne entend agir au nom d'un intérêt qui ne lui est pas propre car collectif, ses prétentions sont irrecevables. Il en va autrement lorsque la loi-cadre du 6 mai 2011 permet aux associations de consommateurs ou aux organisations non gouvernementales œuvrant pour la protection des consommateurs d'assurer la défense collective de leurs membres<sup>27</sup>.

**9.** Avant la loi-cadre de 2011, le droit camerounais ne réservait la défense des intérêts collectifs qu'aux syndicats professionnels<sup>28</sup>. Ces derniers disposent de la qualité pour agir dès qu'un préjudice est porté contre les intérêts collectifs des professions qu'ils représentent. L'intérêt collectif allégué constitue la mesure de l'action syndicale. Il était cependant difficile d'accorder la possibilité aux associations d'agir en justice pour la défense des intérêts collectifs de leurs membres<sup>29</sup>. Cette restriction est fondée sur la difficulté à caractériser l'intérêt collectif que les associations invoquent. Celles-ci se donnent souvent des objectifs assez vagues, de sorte que les intérêts dont elles entendent assurer la défense se recoupent finalement avec l'intérêt général. Or, l'intérêt collectif exigé et qui seul peut fonder le droit d'agir en justice de manière collective doit être distingué de l'intérêt général et de l'intérêt individuel des membres du groupement. En même temps, il faut relever que l'intérêt collectif étant souvent proche de l'intérêt général et le ministère public ne pouvant veiller à tout, les associations, particulièrement en matière civile, peuvent être utiles dans ce sens. C'est la raison pour laquelle, le législateur 2011 a investi les associations de consommateurs ainsi que les organisations non gouvernementales de la qualité à agir pour la défense des intérêts collectifs.

**10.** En apportant une nuance à l'exigence de l'intérêt direct et personnel, la loi-cadre amène également à s'interroger sur la qualité à agir des associations de consommateurs et les organisations non gouvernementales. La qualité pour agir est un enjeu majeur du débat relatif à

---

<sup>26</sup> S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Op. cit.*, n° 73, p. 145.

<sup>27</sup> V. art. 27 (3) de la loi-cadre.

<sup>28</sup> V. art. 3 de la loi n° 92/007 du 14 août 1992 portant Code du travail.

<sup>29</sup> V. C. LEFORT, *Op. cit.*, n° 86, p. 72.



l'introduction des actions collectives<sup>30</sup>. Il faut rappeler qu'elle désigne le titre juridique en vertu duquel une personne forme une action en justice<sup>31</sup>. Elle permet de déterminer l'identité de la personne habilitée à exercer le droit d'agir. La condition de qualité à agir poursuit ainsi la désignation de « la personne habilitée par l'ordre juridique à déclencher l'effet juridique de la règle mis en jeu »<sup>32</sup>. Il est communément admis que c'est le titulaire du droit litigieux qui a qualité à agir<sup>33</sup>. Le procès civil met généralement en cause des situations de droit privé individualistes. Ainsi, la partie ayant qualité pour agir est précisément le sujet de droit privé qui est (ou s'affirme) titulaire, ou représentant du titulaire de la situation juridique portée en justice<sup>34</sup>. Telle qu'exigée, cette condition peut être associée à celle de l'intérêt direct et personnel. La qualité à agir pour la défense des intérêts des consommateurs n'appartient plus exclusivement aux consommateurs pris isolément, mais aussi aux associations et organisations non gouvernementales œuvrant dans ce domaine.

Il convient de relever que, par l'institution de l'action en défense collective, le législateur du 6 mai 2011 s'est inscrit en droite ligne avec la logique actuelle qui tend à rationaliser l'utilisation des moyens de l'institution judiciaire, dans la mesure où l'on assistera à un regroupement des consommateurs victimes d'un même préjudice dans un même procès, et l'on évitera, par conséquent, une dispersion génératrice de divergences entre les décisions de justice<sup>35</sup>. Elle n'empêche d'ailleurs pas le consommateur d'agir individuellement lorsqu'il se sent suffisamment armé pour défendre ses propres intérêts<sup>36</sup>. Sa consécration induit ainsi une moralisation du comportement des acteurs économiques sur le marché, conformément à

---

<sup>30</sup> Lire dans ce sens : A. GUEGAN-LECUYER, « La qualité pour agir exclusivement réservée à certaines associations », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2013, n° 136, p. 23 ; J.-D. BRETZNER, « Ombres et lumières autour de la "qualité pour agir" dans l'action de groupe », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2013, n° 136, p. 31 ; L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1997, n° 360 et s.

<sup>31</sup> G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Op. cit.*, n° 156, p. 177 ; C. LEFORT *Op. cit.*, n° 80, p. 68.

<sup>32</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique des droits subjectifs*, Sirey, 1948, n° 40.

<sup>33</sup> G. BOLARD, « Notre belle action en justice », in *De codes en code : Mélanges en l'honneur du doyen Georges WIEDERKEHR*, Dalloz, 2009, p. 21 ; « Qualité ou intérêt pour agir ? », in *Justices et droit du procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel* : Mélanges offerts à Serge Guinchard, Dalloz, 2010, p. 597.

<sup>34</sup> M. CAPPELLETTI, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil », *RIDC Vol. 27 N°3*, 1975, p. 574.

<sup>35</sup> V. dans le même sens : Y. PICOD, « Le charme de la *class action* », *D. 2005*, p. 657.

<sup>36</sup> V. art. 26 (1) de la loi-cadre.



l'évolution de notre droit. C'est cette même logique qui semble avoir conduit le législateur à réaménager les principes qui régissent l'aboutissement du lien de l'instance.

## **B – Le bouleversement des principes régissant l'issue de l'instance**

**11.** Dépassant la conception traditionnelle selon laquelle les résultats de l'issue de l'instance ne lient que les parties, la loi-cadre du 6 mai 2011 apporte des innovations dans la détermination des effets du jugement. Elle institue une sorte de collectivisation des résultats de l'instance. L'article 29 de cette loi-cadre dispose que : « Les décisions rendues dans le cadre des instances introduites par une association non gouvernementale produisent à l'égard de tous les consommateurs, tous leurs effets bénéfiques et peuvent être invoquées par un consommateur ou groupe de consommateurs pour obtenir réparation du préjudice subi ». Cette disposition bouleverse ainsi la conception classique des effets du jugement.

Traditionnellement, l'issue de l'instance civile a été essentiellement conçue dans une perspective libérale et individualiste. Cette conception, qui a guidé l'élaboration des codes napoléoniens, a fait que, pendant longtemps, l'on conçoive les effets du jugement sous l'unique angle de la relativité. À l'instar des contrats, le jugement ne produit ses effets, en réalité, qu'entre les parties. Un auteur a pu, par exemple, dire dans ce sens que : « Comme le contrat, l'instance donne naissance à un lien de droit entre les personnes qui y sont parties, qualifié de lien d'instance ou de rapport processuel, et généralement considéré comme ayant un caractère légal. Comme le contrat, l'instance conduit à une décision qui lie les parties, non les tiers. À la force obligatoire du contrat répond l'autorité de la chose jugée, à l'effet relatif du contrat la relativité de la chose jugée »<sup>37</sup>.

La relativité des jugements ou de la chose jugée est présentée comme le gage de la limitation du pouvoir créateur de norme du juge. En effet, contrairement à la loi, qui est dotée d'une portée abstraite et générale, les décisions de justice n'ont qu'une portée limitée et

---

<sup>37</sup> F. BUSSY, « La notion de partie à l'instance en procédure civile », *D* 2003, p. 1376.



relative. Cette relativité fait écho de l'interdiction faite aux juges de se prononcer par des dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leur sont soumises<sup>38</sup>.

**12.** L'une des marques de la relativité des jugements se trouve dans l'institution de l'autorité de la chose jugée, laquelle a une portée relative. Selon l'article 1351 du Code civil, elle « n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; qu'elle soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ». Il faut noter que si le législateur a entendu limiter les effets de la chose jugée entre les parties, c'est bien en considération de plusieurs raisons.

En effet, la décision judiciaire, qui fixe un rapport de droit litigieux, est essentiellement personnelle et relative. La règle de droit édictée par le jugement, si importante et si féconde en conséquences pratiques, repose sur des considérations d'intérêt social les plus élevées. Nulle atteinte ne pourrait être portée à la sécurité des droits que d'étendre l'influence d'un jugement aux personnes étrangères au procès, et d'attribuer ainsi à la sentence du juge, malgré l'incertitude des appréciations humaines, la force et les caractères d'une vérité absolue. Il ne saurait appartenir aux plaideurs de compromettre par négligence ou par collusion, peut-être, les droits légitimes des tiers au procès et qui ne sont pas intervenus dans un procès pour défendre, dans un débat contradictoire, leurs intérêts menacés<sup>39</sup>. L'exigence de l'identité de parties participe ainsi de la protection des tiers.

**13.** Bien qu'elle soit fondée, la perception individualiste des effets du jugement n'est pas apte à faire face à la complexité des sociétés contemporaines. En effet, la société actuelle

---

<sup>38</sup> V. art. 5 du Code civil. Sur le pouvoir créateur de norme du juge, lire : S. P. LEVOA AWONA, « La fongibilité des fonctions législative et juridictionnelle : la dialectique du maître et de l'esclave est-elle en voie de renouvellement ? », in *Le juge et le droit, CJP*, n° spécial, 2014, p. 169 ; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit*, 15<sup>e</sup> éd., Sirey, 2015, n° 169 et s., p. 175 et s. ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Coll. : Cours, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 141 et s., p. 134 et s. ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Coll. : Précis, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, n° 274 et s. ; S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Thèse, Paris II, éd. 1974, p. 27, O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source du droit », *Mélanges Marty*, 1978, p. 464 ; J.-L. AUBERT et autres, « La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée », *RTD Civ.*, p. 33 ; C. BYK, « La jurisprudence est-elle une source du droit des sciences de la vie ? », *Gaz. Pal.*, 27-29 avril 2003, p. 5.

<sup>39</sup> Sur la relativité de l'autorité de la chose jugée vis-à-vis des tiers, lire : J. MALBEC, *La relativité de la chose jugée – L'effet vis-à-vis des tiers des jugements rendus en matière civile*, Thèse, Toulouse, 1947, 343 p.



est une société de production, d'échanges et de consommation de masse, certainement aussi de conflits de masse. Il s'ensuit que même les situations de la vie, que le droit doit réglementer, sont devenues de plus en plus complexes<sup>40</sup>. En même temps, la protection juridictionnelle à son tour sera invoquée non plus seulement contre des violations à caractère individuel, mais aussi et de plus en plus souvent à caractère essentiellement collectif, en ce sens qu'elles concernent notamment des groupements, des classes, des collectivités. C'est la raison pour laquelle le législateur du 6 mai 2011 a entendu étendre, à l'égard des consommateurs, les effets des décisions rendues dans les instances introduites par les associations consuméristes et les organisations non gouvernementales.

Il faut se féliciter d'une telle disposition dans la mesure où elle permet d'assurer effectivement la protection des droits des consommateurs. Le consommateur, réduit à l'impuissance face au professionnel, pourrait à cet effet bénéficier des effets d'un jugement rendu à l'issue d'une instance introduite par les associations de consommateurs et les organisations non gouvernementales, mieux aguerries. En outre, l'extension des effets des jugements à l'égard des consommateurs participe de la gestion des flux que pourrait entraîner les multiples saisines individuelles. Elle a donc un effet bénéfique en termes d'économie de la justice et invite à penser le service public en termes de rationalisation des coûts, et de gestion des ressources. La justice actuelle fait face à l'encombrement des juridictions. Des mesures adéquates en vue de résoudre les difficultés qui pourraient résulter des saisines individuelles nécessitent ainsi d'être recherchées.

Somme toute, conscient du fait que les consommateurs font souvent face à divers abus orchestrés de la part des professionnels, le législateur de 2011 a diversifié les recours leur permettant d'assurer la protection de leurs droits. Il a, non seulement, diversifié les actions en justice en faveur des consommateurs, mais aussi instauré une collectivisation du lien de l'instance. La loi-cadre de 2011 ne s'est pas limitée à apporter des réaménagements aux règles

---

<sup>40</sup> M. CAPPELLETTI, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil », *RIDC Vol. 27 N°3, 1975*, p. 572.





applicables au lien de l'instance ; elle a également bouleversé celles qui régissent la charge de la preuve.

## II – La loi-cadre et les principes régissant la charge de la preuve

14. La loi-cadre du 6 mai 2011 a bouleversé considérablement les principes qui gouvernent la charge de la preuve. Il convient de rappeler que la charge de la preuve répond à la question de savoir qui, lors d'un procès, doit prouver ce qui est allégué<sup>41</sup>. Traditionnellement, la question de la preuve<sup>42</sup> obéit à la règle de la répartition de charges entre le demandeur et le défendeur, chacun étant appelé à prouver ses allégations. Or, la loi-cadre de 2011 déroge à ce principe en instituant une sorte d'unilatéralisation de la charge probatoire. La lecture de ses dispositions permet de réaliser que, d'un côté, elle renforce la charge probatoire du professionnel (A) et, de l'autre, elle allège de celle du consommateur (B).

### A – Le renforcement de la charge probatoire du professionnel

15. Le procès civil repose sur le principe du dispositif en vertu duquel l'initiative du procès appartient aux seules parties<sup>43</sup>. Le Code civil pose un principe général selon lequel il revient à ces dernières de rapporter la preuve des faits qu'elles invoquent. Selon son article

---

<sup>41</sup> Sur la charge de la preuve, lire : N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Coll. : Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2016, 575 p. ; J. THÉVENET, *Essai d'une théorie de la charge de la preuve en matière civile et commerciale*, Thèse, Lyon, 1921, 285 p. ; J. DEVÈZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse, Toulouse, 1980, 753 p., spéc. p. 19 et s. ; X. LAGARDE, *Réflexions critiques sur le droit de la preuve*, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 239, LGDJ, 1994, 448 p., spéc. n° 128 et s., p. 203 et s. ; F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *RTD civ.*, 1966, p. 736 ; R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil permanences et transformations*, LGDJ, 1955, p. 169.

<sup>42</sup> Sur la preuve en général, lire : F. KAMARA, « La preuve en procédure civile », in *Qu'est devenue la pensée de H. MOTULSKY ?*, Colloque organisé à l'occasion du quarantième anniversaire de la disparition de H. MOTULSKY (1905-1971), *Procédures n°1*, 2012, p. 16 ; S. AMRANI-MEKKI, « Les traditions probatoires en droit processuel », in L. CADIET, M. MEKKI et C. GRIMALDI, [Sous la dir.], *La preuve : regards croisés*, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015, p. 111.

<sup>43</sup> Sur le principe du dispositif, lire : F. BRUS, *Le principe dispositif et le procès civil*, Thèse, Université de Pau et des Pays de L'Adour, 2014, 423 p. ; M.-H. RENAUT, « Le principe dispositif et ses conséquences aberrantes », *Revue huissiers de justice*, 1999, p. 73.



1315, la charge de la preuve pèse sur le demandeur<sup>44</sup>. Par une induction amplifiante, cet article du Code civil a été, selon certains auteurs<sup>45</sup>, sacralisé comme le pilier d'un principe général : *actori incumbit probatio*<sup>46</sup>. La preuve incombe à celui qui allègue, non à celui qui nie<sup>47</sup>. En d'autres termes, c'est au demandeur de prouver ce qu'il allègue. La notion de demandeur dont il est ici question doit être comprise au sens large de celui qui présente une allégation, et non pas au sens procédural de demandeur à l'instance<sup>48</sup>. La Cour suprême veille, de manière constante, à l'application de ce principe<sup>49</sup>. Cette solution relève d'ailleurs de la logique, sinon du bon sens. En réalité, c'est à celui qui réclame quelque chose de rapporter la preuve qu'il a ce droit ; ou encore, c'est à celui qui conteste une situation établie de démontrer qu'elle n'est pas conforme au droit<sup>50</sup>. D'un autre point de vue, le procès civil étant la chose des parties, il est normal que ces dernières supportent la charge de la preuve des faits qu'elles avancent.

**16.** Cette règle classique de la charge de la preuve participe du principe de l'égalité des armes, qui est une composante essentielle du droit au procès équitable. Selon ce principe, en effet, chaque partie au procès doit avoir la possibilité d'exposer sa cause au tribunal, y compris ses preuves, dans les conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire. L'égalité des armes peut être considérée comme une manifestation

<sup>44</sup> Sur la charge de la preuve de manière générale, lire : N. HOFFSCHIR, *La charge de la preuve en droit civil*, Collection : Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2016, 576 p. Sur l'art. 1315 du Code civil, lire : O. MICHELS, « L'article 1315 du Code civil : contours et alentours », in *Actualité du droit*, 1998, pp. 363-383. Pour une application jurisprudentielle, v., C.S., arrêt n° 34 du 16 mai 1967, *RCACS du Cameroun*, (1960-1980), t. IV : Droit civil et commercial, p. 45. V. également : C.S.C.O., arrêt n° 87 du 25 février 1969, *RCACS du Cameroun*, (1960-1980), t. II, Droit traditionnel, p. 346.

<sup>45</sup> Sur cette induction. J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Introduction générale*, 3<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1990, n° 582 et 583. p. 539 et s.

<sup>46</sup> Ou alors *Onus probandi incumbit actori* - La charge de la preuve incombe au demandeur.

<sup>47</sup> C'est le sens de l'adage *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*. V. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4<sup>ème</sup> éd., Litec, 1999.

<sup>48</sup> V. dans le même sens : Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 13<sup>ème</sup> éd., 2011, n° 522, p. 457 ; M. MEKKI, « Le risque de la preuve », in D. COHEN [sous la dir.], *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, 2010, p. 195 pour qui « Au cours du procès, la qualité de demandeur et de défendeur est alternative, voire cumulative » ; « Regard substantiel sur le "risque de la preuve". Essai sur la notion de charge probatoire », in L. CADIET, M. MEKKI et C. GRIMALDI, [Sous la dir.], *La preuve : regards croisés*, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015, p. 7.

<sup>49</sup> C.S., arrêt n° 105/Civ du 28 mai 2011, Aff. AXA Assurance Cameroun C/ NJOUMELONGUE Krispo et autres, inédit ; arrêt n° 12/S du 28 novembre 1974, *Bull. n° 31*, p. 4583 ; arrêt n° 80 du 11 octobre 1960, *Bull. n° 2*, p. 47 ; arrêt n° 203 du 23 mai 1961, *Bull. n° 4*, p. 131. C.S.C.O., arrêt n° 408 du 6 mars *Bull. n° 6*, p. 263 ; arrêt n° 112 du 4 mai 1965, *Bull. n° 12*, p. 992 ; arrêt n° 13 du 9 mars 1965, *Bull. n° 12*, p. 1080 ; arrêt n° 76, du 8 mars 1966, inédit ; arrêt n° 29 du 2 mai 1967, inédit.

<sup>50</sup> V. dans le même sens : Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, n° 522, p. 457.



de l'égalité des citoyens<sup>51</sup>. Elle suppose que les parties au procès disposent des mêmes moyens pour défendre, chacune, sa cause. En imposant que chaque partie apporte la preuve des allégations qu'elle expose au juge, l'on contribue ainsi à la réalisation de cette exigence.

Cependant, il convient de relever que le schéma classique de l'attribution de la charge probatoire ne peut en principe valablement s'appliquer que dans des procédures où les parties bénéficient réellement d'une égalité de force. Or, ce n'est pas le cas lorsqu'on est en présence d'un procès qui oppose un consommateur à un professionnel. Le rapport des forces n'étant pas égal, le législateur est venu au secours du plus faible, c'est-à-dire le consommateur, en édictant des mesures qui lui sont favorables. L'attribution de la charge probatoire apparaît ainsi comme une technique au service de la politique<sup>52</sup>, à savoir celle de la protection des consommateurs.

**17.** Selon l'article 28 de la loi-cadre du 6 mai 2011 : « Dans le cadre de l'instruction de toute procédure relative à la protection du consommateur, la charge de la preuve contraire des faits allégués incombe au vendeur, fournisseur ou prestataire de service ». Cette disposition vient renforcer la charge probatoire du professionnel sur qui pèse désormais l'obligation d'apporter la preuve contraire des allégations de son adversaire. Cet article institue un renversement de la charge probatoire en matière du droit de la consommation, et impose la preuve négative à l'égard du professionnel.

La question que suscite le renversement de la charge probatoire à l'encontre du professionnel est celle de savoir sur quel fondement il pourrait reposer. L'on sait que, traditionnellement, le renversement de la charge de la preuve n'est possible que lorsqu'on est en présence d'une présomption légale<sup>53</sup>. En effet, celles-ci sont imposées par la loi, à l'instar de l'article 312 alinéa 1 du Code civil qui pose une présomption de paternité du mari en ces termes : « L'enfant conçu dans le mariage a pour père le mari ». Il en est aussi de l'article 1384 du Code civil qui édicte une présomption de faute des père et mère lorsque leur enfant mineur

---

<sup>51</sup> V. art. 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, v. également art. 1<sup>er</sup>(2) de la Constitution.

<sup>52</sup> M. MEKKI, « Regard substantiel sur le "risque de la preuve". Essai sur la notion de charge probatoire », in L. CADIET, M. MEKKI et C. GRIMALDI, [Sous la dir.], *La preuve : regards croisés, op. cit.*, p. 21.

<sup>53</sup> Selon l'art. 1352 al. 1<sup>er</sup>, « La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe ». V. également : E. VERGES, « Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé », in *Mélanges J.-H Robert*, LexisNexis 2012, p. 853.



vivant avec eux a causé un dommage. Dans ces hypothèses, la loi pose une règle relative à la charge de la preuve, qui est souvent contraire à celle de l'article 1315 du Code civil et qui constitue alors un renversement de la charge probatoire par rapport au droit commun<sup>54</sup>. C'est le cas lorsque l'alinéa 6 de l'article 1384 du Code civil prévoit que les père et mère peuvent se libérer s'ils prouvent qu'ils n'ont pas pu empêcher le fait de leur enfant qui donne lieu à responsabilité, c'est-à-dire, concrètement, qu'ils n'ont pas commis de faute dans l'éducation de l'enfant<sup>55</sup>.

Le renversement de la charge probatoire à l'encontre du professionnel pourrait-il alors trouver son fondement dans une présomption de faute ? La réponse à cette question n'est pas évidente, car le législateur n'envisage pas expressément une présomption de responsabilité du professionnel à l'égard du consommateur. Mais, faut-il nécessairement y avoir une référence légale expresse pour que l'on parle d'une présomption ? En effet, l'article 1349 du Code civil distingue les présomptions du fait de la loi de celles du fait du juge ou de l'homme. En outre, il ne semble pas nécessaire que le législateur fasse expressément allusion d'une présomption à l'égard d'une situation pour qu'on la qualifie de telle. Les présomptions peuvent implicitement s'évincer des dispositions légales expresses<sup>56</sup>.

**18.** Le renforcement de la charge probatoire institué par la loi-cadre de 2011 pourrait ensuite trouver sa justification dans l'obligation d'information qui pèse sur le professionnel<sup>57</sup>. Un arrêt de la Cour de cassation française offre une belle illustration d'un tel propos. Dans une espèce en matière de responsabilité médicale, cette Cour a opéré un renversement de la charge de la preuve en obligeant le médecin à prouver qu'il avait bien rempli son obligation d'information<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> V. Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, n° 524, p. 459 ; J.-M. TCHAKOUA, *Introduction générale au droit camerounais*, Coll. : Apprendre, PUCAC, 2008, n° 243 et 244, p. 203 ; R. CABRILLAC, *Op. cit.*, n° 195, p. 188 ; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Op. cit.*, ; F. TERRE, *Op. cit.*, n° 596, p. 507 et s.

<sup>55</sup> Pour une application jurisprudentielle, lire : TGI de Bafang, jugement n° 01/Civ du 13 décembre 1995, affaire Njongoué Pascal c/ Mme Njongoué née Happi Tchakam Evélyne, *Juridis Périodique*, n° 28, p. 48, note F. ANOUKAHA.

<sup>56</sup> V. sur ce point : A.-B. CAIRE, « Les présomptions par-delà l'article 1349 du code civil », *RTD Civ.* 2015, p. 311.

<sup>57</sup> V. art. 9, 13 de la loi-cadre.

<sup>58</sup> V. Cass. 1<sup>ère</sup>, civ., 25 février 1997, n° 94-19.685.



On pourrait affirmer que le législateur camerounais s'est servi de la technique de la charge probatoire afin de garantir l'efficacité et l'effectivité des règles de droit applicables en matière de protection des consommateurs. La raison d'être du renversement de la charge probatoire pourrait ainsi se déduire de la logique de protection du consommateur, qui est clairement poursuivie par la loi-cadre. Le renforcement de la charge probatoire du professionnel peut trouver sa justification alors dans la position que ce dernier occupe dans la relation contractuelle. Le contrat de consommation a toujours été considéré comme celui qui met en présence deux parties inégales ; d'un côté, le consommateur, c'est-à-dire celui qui se procure ou utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel<sup>59</sup> ; de l'autre, le professionnel, qui vend ce bien ou offre ce service de manière professionnelle. Entre ces deux parties au contrat, les rapports de force ne sont pas égaux. C'est la raison pour laquelle il a semblé nécessaire de protéger la partie faible, à savoir le consommateur. Le législateur de 2011 s'est donc inscrit dans cette logique en renforçant les obligations probatoires du professionnel.

C'est pour faire face à la toute-puissance des professionnels, plus souvent organisés, influents et qualifiés, que le législateur a prévu une telle mesure. Généralement, ces professionnels disposent d'énormes moyens tant techniques que financiers à même de leur permettre de faire face aux exigences processuelles en matière de preuve contraire des allégations dont ils peuvent faire l'objet. Les ressources financières dont ils disposent leur permettent de s'offrir les conseils des professionnels du droit, contrairement aux consommateurs dont les ressources sont souvent limitées.

**19.** Il faut remarquer que l'obligation d'apporter la preuve contraire des allégations du consommateur ne constitue pas la seule obligation qui pèse sur le consommateur. Pour tenir compte de la place de privilégié que ce dernier occupe déjà dans le rapport contractuel, le droit de la consommation met à la charge des professionnels plusieurs obligations. Bien avant la conclusion même du contrat, il pèse sur le professionnel, obligation d'information pour

---

<sup>59</sup> V. art. 2 de la loi-cadre.



permettre l'expression d'une volonté vraiment libre et éclairée du consommateur<sup>60</sup>. Il en est également de l'interdiction des pratiques commerciales inéquitables, restrictives ou anticoncurrentielles, ainsi que des clauses abusives à l'égard desquelles le législateur se montre très vigilant<sup>61</sup>.

**20.** Le renforcement de la charge probatoire du professionnel n'est pas sans incident sur le risque<sup>62</sup> que ce dernier est appelé à supporter en cas de défaut de preuve. En renforçant la charge de la preuve à l'égard du professionnel, on accroît ses risques de succomber. Ce risque semble d'ailleurs élevé dans la mesure où le législateur fait peser sur le professionnel la charge d'une preuve négative. En effet, la preuve négative est considérée comme la plus difficile, voire impossible à apporter<sup>63</sup>. Si le demandeur allègue avoir été victime d'un malaise du fait qu'il ait consommé un produit, il sera très difficile au professionnel de prouver que ce malaise n'est pas dû au produit consommé. Le malaise peut par exemple provenir du fait d'un non respect des instructions indiquées par le professionnel. Comme l'exprime un auteur<sup>64</sup>, le fait négatif aboutira parfois à un renversement de la charge de la preuve. À défaut, un déplacement d'objet se constatera toujours. Or, il est certain que c'est en présence de la preuve à faire d'un fait négatif que le juge aura, en pratique, la possibilité de se montrer plus ou moins exigeant, en décidant à partir de quel degré la vraisemblance lui paraît suffisante pour constituer une preuve. L'idée de probabilité joue, certes, un rôle important dans la preuve d'un fait positif ; mais, elle devient essentielle dans celle d'un fait négatif, où l'on voit se diluer l'élément

---

<sup>60</sup> V. par exemple : art. 9 de la loi-cadre : « S'agissant de l'octroi des crédits au consommateur pour la fourniture de technologies, de biens et services, le fournisseur ou prestataire est tenu d'informer le consommateur par écrit sur le prix comptant, le montant de l'intérêt, le taux annuel à partir duquel cet intérêt est calculé, le taux d'intérêt sur les arriérés, le nombre de traite payables, la fréquence et la périodicité de ces traites et le montant total à payer ». V. également art. 13 : « Chaque fournisseur ou prestataire d'une technologie, d'un bien ou d'un service doit fournir au consommateur, en français et en anglais, une information juste, suffisante, claire et lisible concernant les biens et services offerts afin de lui permettre de faire des choix adéquats et raisonnables avant la conclusion d'un contrat ».

<sup>61</sup> V. art. 4 et 8 de la loi-cadre. V. par exemple en droit français : C. AUBERT De VINCELLES, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D. 2014*, p. 879.

<sup>62</sup> Sur le risque de la preuve, lire : M. MEKKI, « Le risque de la preuve », *in Droit et économie du procès civil*, LGDJ, 2010, pp. 195-199 ; Th. Le BARS, « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », *in Mélanges G. Goubeaux*, Dalloz, 2009, p. 321.

<sup>63</sup> J.-M. TCHAKOUA, *Op. cit.*, n° 239, spéc. p. 201.

<sup>64</sup> J. LARGUIER, « La preuve du fait négatif », *RTD Civ. 1953*, p. n° 13, p. 11.



probatoire. Elle fournit alors au juge un puissant instrument de politique judiciaire. Et, sous couleur de neutralité, le juge pourra se servir de cette arme, comme à son gré, pour parvenir au résultat de fond qu'il estime être le plus favorable au consommateur.

L'obligation imposée par le législateur au vendeur, fournisseur ou prestataire de service d'apporter, dans le cadre de l'instruction de toute procédure relative à la protection du consommateur, la charge de la preuve contraire des faits allégués bouleverse ainsi le mécanisme classique en matière du droit de la preuve. Il est permis de s'interroger sur son opportunité, dans la mesure où il débouche sur un allègement de la charge probatoire du consommateur.

## **B – L'allègement de la charge probatoire du consommateur**

**21.** Le renforcement de la charge probatoire du professionnel s'accompagne d'un allègement de celle du consommateur, lequel n'a pour seule obligation processuelle que proposer une allégation contre le professionnel. Il n'appartient pas, selon l'article 28 de la loi-cadre, au demandeur, lorsqu'il est consommateur, de prouver les faits qu'il invoque.

L'allègement de la charge probatoire du consommateur participe du souci du législateur de venir au secours de ce dernier dans le rapport contractuel qui l'unit au professionnel. En effet, entre le vendeur professionnel et l'acheteur particulier existe un rapport de force inégale<sup>65</sup>. Il est d'emblée admis que le consommateur, non professionnel, dispose de moins d'informations que le professionnel, et qu'il est, de ce fait, lésé. C'est dans cette optique que le législateur du 6 mai 2011 a tenté de rétablir l'équilibre entre les deux protagonistes, en renforçant la protection du consommateur. Il n'est toujours pas facile pour le consommateur de réunir tous les éléments de preuve nécessaire pour fonder ses allégations, notamment lorsqu'il se retrouve face à un domaine très technique et qui nécessite des connaissances bien appropriées. Le consommateur n'a malheureusement pas ses dispositions nécessaires.

---

<sup>65</sup> V. *supra*, n° 18.



**22.** L'allégement de la charge probatoire du consommateur peut aussi se justifier par le souci d'inciter les acteurs économiques à consommer sans crainte. Il a été démontré que la répartition de la charge probatoire déterminée par le législateur et/ou adaptée par le juge remplit parfois une fonction normative de nature incitative ou dissuasive<sup>66</sup>. En optant pour un renversement de la charge probatoire, le législateur de 2011 aurait voulu amener les acteurs économiques à adopter certains comportements. Du côté des professionnels, il s'agit de les inciter à faire preuve de rigueur de clarté et d'intelligibilité dans la rédaction des contrats et dans leurs rapports avec les consommateurs. Du côté de ces derniers, il s'agit d'instaurer une situation de confiance afin de les inciter à consommer.

**23.** Bien que justifié, l'allégement de la charge probatoire du consommateur invite à s'interroger sur son opportunité. Il semble instaurer une sorte surprotection du consommateur qui, à la limite, risque le déresponsabiliser. En surprotégeant ainsi le consommateur, on aboutit à un déséquilibre processuel à l'encontre du professionnel. Le législateur du 6 mai semble ainsi consacrer une discrimination dans la charge de la preuve en matière du droit de la consommation, ce qui paraît intolérable. Aussi est-il important de s'interroger : n'existe-t-il pas d'autres mesures à même de permettre la sauvegarde des intérêts du consommateur dans la conduite de l'instance qui le concerne, sans pour autant consacrer un déséquilibre dans le rapport processuel entre les parties ? Pour répondre à cette question, il importe de s'intéresser à la tendance contemporaine de la procédure civile<sup>67</sup>.

On sait que le procès civil tend de plus en plus à un accroissement du rôle du juge dans l'administration de la preuve<sup>68</sup>. Cet accroissement du rôle du juge peut se comprendre à la lumière de l'impératif de justice qui innerve la procédure civile<sup>69</sup>. De manière générale, le

---

<sup>66</sup> « Regard substantiel sur le "risque de la preuve". Essai sur la notion de charge probatoire », in L. CADIET, M. MEKKI et C. GRIMALDI, [Sous la dir.], *La preuve : regards croisés, op. cit.*, p. 23.

<sup>67</sup> V. sur la question : L. CADIET, « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in *De codes en code : Mélanges en l'honneur du doyen Georges WIEDERKEHR*, Dalloz, 2009, pp. 65-88.

<sup>68</sup> V. dans ce sens : G. TARZIA, « Le pouvoir d'office du juge civil en matière de preuve », in *Mélanges R. PÉRROT*, Dalloz, 1995, p. 468 ; X. LAGARDE, « D'une vérité à l'autre, brèves réflexions sur les différentes cultures de la preuve », *Gaz. Pal.*, 21-22 juillet 2010, p. 6. Sur l'accroissement des pouvoirs du juge en général, v. : L. MAPCHE TAGNE MABOU CHATUE, *L'accroissement des pouvoirs du juge*, Thèse, Paris X – Nanterre, 2005, 277 p.

<sup>69</sup> G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Op. cit.*, n° 229, p. 255.





principe de l'égalité des armes peut justifier l'interventionnisme du juge. Il est bien certain qu'en matière du droit de la consommation, les parties sont inégalement défendues. Entre le professionnel que défend un avocat spécialisé et le consommateur qui parfois argumente seul, le combat est inégal. L'idée que le juge intervienne pourrait ainsi consolider la défense du plus faible.

Bien entendu, il n'est pas question d'inviter le juge à suppléer une carence du consommateur dans la charge de la preuve qui lui incomberait, mais à compléter les preuves rapportées par celui-ci dès lors que ces preuves se révèlent insuffisantes. L'intervention du juge est donc parachevée d'un objectif de complétude<sup>70</sup>. Il est institué un principe de coopération entre les acteurs du procès<sup>71</sup> qui transcende les principes directeurs du procès civil et se révèle également en matière probatoire. C'est évident que la coopération ainsi instaurée pourrait permettre d'assurer la protection des intérêts du consommateur. Au lieu de consacrer un déséquilibre dans la charge de la preuve, le législateur aurait pu ainsi tirer profit de la tendance contemporaine de la procédure civile orientée vers l'accroissement des pouvoirs du juge et la coopération entre les acteurs du procès.

## Conclusion

**24.** En définitive, pour assurer une meilleure protection des droits des consommateurs, le législateur a entendu apporter des aménagements aux règles traditionnelles du procès civil. Si l'ambition de venir au secours du consommateur paraît louable, il n'en demeure pas moins que les mesures édictées par la loi-cadre du 6 mai 2011 suscitent, dans certains cas, quelques réserves. Au rang des mesures louables, il convient d'évoquer la collectivisation du lien de l'instance, qui a un effet bénéfique, non seulement à l'égard des consommateurs, mais également pour le service public de la justice. Il en va autrement de la diversification des

---

<sup>70</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Les traditions probatoires en droit processuel », in L. CADIET, M. MEKKI et C. GRIMALDI, [Sous la dir.], *La preuve : regards croisés*, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015, p. 111.

<sup>71</sup> Sur le principe de coopération entre les acteurs du procès, lire : V. S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Op. cit.*, n° 185, p. 359 et s ; 287, p. 511 ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Coll. : *Manuel*, 8<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2013, n° 524, p. 405.



actions en faveur du consommateur. Bien que cette diversification soit appréciable dans son principe, c'est-à-dire le souci de protection du consommateur, elle présente néanmoins des risques potentiels si elle n'est pas strictement réglementée.

Il faut enfin relever que tout aménagement des règles processuelles doit se faire en rapport avec l'esprit qui anime les principes directeurs du procès. Ceux-ci ont pour but d'assurer, en même temps, un équilibre entre les différents intérêts des justiciables – intérêts le plus souvent divergents – et une bonne administration de la justice<sup>72</sup>. Ils inspirent toute la procédure et en assurent la cohérence<sup>73</sup>. Toute dérogation à ces principes doit se garder de méconnaître l'esprit qu'ils véhiculent, raison pour laquelle le mécanisme de la charge de la preuve mis en place par la loi-cadre nécessite d'être repensé. Il ne faudrait pas que, sous le prétexte de protéger le consommateur, on arrive à consacrer un procès déséquilibré, voir discriminatoire.

---

<sup>72</sup> Sur les principes directeurs du procès, lire : J.-C. LAURENT, *Principes de droit judiciaire privé français*, Paris, Armand Colin, 1962, 191 p. ; D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, Edition Larcier, Coll. Répertoire notarial, 2009, 340 p. ; E. VERGES, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse, Aix-Marseille 3, 2000, 551 p. ; G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes », *Études offertes à Pierre BELLET*, Litec, 1991, p. 83 ; G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil. Le droit positif depuis Motulsky », *JCP G n°30, 1993*. I. 3693 ; L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droits fondamentaux. Mélanges en l'honneur de Jacques NORMAND*, Litec 2003, p. 71.

<sup>73</sup> J. NORMAND, V<sup>o</sup> Principe directeur du procès, in Loïc CADIET [sous la dir. de], *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004.



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# Die internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit vor dem deutschen Bundesgerichtshof

(Sport International Arbitration before the German Superior Court of Justice)

***Peter Schlosser***

Professor Dr. at the University of Munich, Germany

**Abstract:** The judgment of the Supreme Federal Court of Germany given in the “Pechstein-Case” upheld the jurisdiction of the Lausanne-based “Court of Arbitration for Sport”, CAS – in French: Tribunal de l’arbitrage pour le sport, TAS - . For non-German observers this may not have been a great surprise because this monopolistic judicial body has since a considerable time world-wide been accepted and welcome as “the” International Sport Court, particularly in doping disputes. For Germany, however, it was really a surprise. The reason for this is that the contrary ruling of the Munich Court of Appeals (in German: Oberlandesgericht) had obtained much support in legal doctrine. This, in turn, corresponded to a prevailing rather ideological way of thinking in Germany’s intellectual life and, above all, in the mass media, even those of pretended higher level. In that purview it is to be fought against all kind of powerful entities in society, including monopolistically organized sports organizations; the intellectual leaders are expected to do their utmost to restrict as far as possible the activities of those associations, activities which are in principle supposed to be oppressive against individuals. With regard to sports organizations this mentality had a double focus. First: the principle of voluntariness of any arbitration agreement is said not to be respected if sports organizations make participating in sporting contests dependent on signing the arbitration agreement in the competition



contract terms. Second: Within the meaning of Anti-Trust Laws the sports organizations are qualified as “undertakings of a dominant economic market position” which is held to be abused by requesting the submission under the CAS arbitration. The second aspect was the focus of the Court of Appeal’s ruling. The closed list of accepted arbitrators (more than 150) was denounced to have been set up by the “dominant” international sports associations without any participation of the athletes. The paramount merit of the BGH’s decision is precisely not to have given way to these kinds of widespread popular moral pressure which had already left traces in other countries and which hopefully will not rise again.

**Keywords:** Sport arbitration. Germany. Europe. Doping.

## 1. Das juristische Umfeld der Entscheidung

(1) Das im Anhang abgedruckte Urteil des deutschen Bundesgerichtshof (im Folgenden „BGH“) ist ein vorläufiger<sup>1</sup> Endpunkt unter eine Diskussion über die Anerkennungsfähigkeit der Sportschiedsgerichtsbarkeit, vor allem in Doping Angelegenheiten. Der BGH arbeitet sehr klar heraus<sup>2</sup>, dass für die Vertragsstaaten des Internationalen Übereinkommens gegen Doping im Sport vom 19. Oktober 2005<sup>3</sup> in der Kopenhagener Fassung den in Bezug genommenen WADC<sup>4</sup>, welche die ausschließliche Zuständigkeit des CAS/TAS vorschreibt, in das innerstaatlich bindende Völkervertragsrecht inkorporiert worden ist. Die Entscheidung hat aber auch –

---

<sup>1</sup> Gegen das Urteil ist eine sogenannte Verfassungsbeschwerde eingelegt worden. Eine solche kann allein darauf gestützt werden, dass der Beschwerdeführerin (Claudia Pechstein) der verfassungsmäßig garantierte gesetzliche Richter (Art. 101 Absatz 1 Grundgesetz) deshalb entzogen worden sei, weil sie „gezwungen“ worden sei, eine Schiedsvereinbarung abzuschließen, um ihren Beruf als Eisschnellläuferin ausüben zu können. In den Textziffern (im Folgenden „Tz“) 52 ss hat der BGH jedoch diesen möglichen Einwand in ausführlicher und sehr überzeugender Begründung zurückgewiesen. Vor allem gilt dies auch wegen der sogleich zu erörternden staatsvertraglichen Lage.

<sup>2</sup> Tz 60 der Urteilsbegründung.

<sup>3</sup> Ratifikationsnachweis für Deutschland Bundesgesetzblatt Teil II 2007, 354.

<sup>4</sup> Angenommen in der jetzigen Fassung auf der Welt-Anti-Doping Konferenz in Johannesburg im November 2013, in Kraft getreten am 1. Januar 2015. Er verpflichtet die Sportverbände, die Regelungen in ihre nationalen Regelwerke zu implementieren. Der Fall Pechstein ereignete sich zwar schon vor der Konferenz von Johannesburg. Jedoch war die ausschließliche Zuständigkeit des CAS/TAS schon in den früheren Fassungen festgelegt.



hoffentlich – einen Schlusspunkt unter die allgemeine Diskussion über die Legitimität der Sportschiedsgerichtsbarkeit gesetzt, die ja nicht nur in Doping-Angelegenheiten, sondern bei allen Rechtsstreitigkeiten über Sportangelegenheiten tätig ist, etwa auch bei Rechtsstreitigkeiten über die Zulassung zu sportlichen Wettbewerben, wenn sich behauptetermaßen die Verbände nicht an ihre eigenen Richtlinien über eine solche Zulassung gehalten haben<sup>5</sup>.

(2) In Deutschland – und nach den Beobachtungen des Verfassers nur in Deutschland – hat zu diesem Thema – leider! – eine sehr stark ideologisch geprägte Diskussion stattgefunden. Von dieser war auch – man kann es nicht anders sagen – das Urteil des OLG München geprägt, das der BGH aufgehoben hat<sup>6</sup>. Dieses Urteil hat in einem großen Teil der meist auf populistische Aufmerksamkeit erpichten Tagespresse großen Anklang gefunden als „Sieg“ über die unakzeptable Macht der Verbände. Das OLG München hatte zwar grundsätzlich akzeptiert, dass internationale Sportverbände von den an ihren Veranstaltungen teilnehmenden (Berufs-) Sportlern den Abschluss einer Schiedsvereinbarung verlangen. Es meinte aber, „beim CAS/TAS“ hätten die Sportverbände gegenüber den Sportlern einen überwiegenden Einfluss, ohne die Frage aufzuwerfen, wie das angebliche Übergewicht sich auf die Zusammensetzung der einzelnen für eine bestimmte Streitigkeit zu konstituierenden Schiedsgerichte auswirken soll. Damit waren die beiden Argumentationsfelder angesprochen, welche die deutsche Debatte beherrschten.

(3) Einmal ging es darum, ob eine Schiedsvereinbarung nur wirksam sein kann, wenn sie „freiwillig“ abgeschlossen wurde (2.). Zum anderen hatte man das Wettbewerbsrecht herangezogen und gemeint, die Sportverbände hätten - auch gegenüber den Sportlern – eine „marktbeherrschende“ Position, die sie missbrauchten, wenn sie von den Teilnehmern an einer sportlichen Wettbewerbsveranstaltung den Abschluss einer Schiedsvereinbarung verlangten

---

<sup>5</sup> Auf der Website des CAS/TAS findet man viele Entscheidungen über alle möglichen sportrechtlichen Streitigkeiten.

<sup>6</sup> U 1110/14 v. 15.01.2015 – abgedruckt in Zeitschrift für Schiedsverfahren (künftig „SchiedsVZ“) 2015, 40. Das OLG literarisch unterstützend *Heermann* SchiedsVZ 2015, 78; *ders.* Juristenzeitung 2015, 362. Das OLG in diesem Punkte kritisierend: *Schlosser* SchiedsVZ 2015, 857; *Paulsson* (in englischer Sprache) SchiedsVZ 2015, 69; *Haas* Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 2015, 516; *Kocholl* CaS 2015, 311; *Duve/Rösch* SchiedsVZ 2015, 69.



(3.). In beiderlei Hinsicht hatte sich in Deutschland generell eine ideologisch geprägte Debatte gegen die „Übermacht“ von Großunternehmen, Konzernen und Verbänden in ihrer „demokratisch nicht legitimierten Rolle“ breit gemacht. Zum Schluss (4.) sei noch eine Anmerkung zum konkreten Fall gebracht.

## 2. Fehlende „Freiwilligkeit“ der Unterwerfung der Sportler unter die Jurisdiktion des CAS/TAS?

(4) Der erstere Gesichtspunkt hatte sich schon um den bis 1998 geltenden Absatz 2 des § 1025 ZPO gerankt, der folgendermaßen lautete:

„Der Schiedsvertrag<sup>7</sup> ist unwirksam, wenn eine Partei ihre wirtschaftliche oder soziale Überlegenheit dazu ausgenutzt hat, den anderen Teil zum Abschluss.....zu nötigen...“.

Die aggressive Diskussion hat sich aber nach Abschaffung dieser Vorschrift fortgesetzt und sogar noch verstärkt. Besonders engagiert argumentierende Interpreten dieser Vorschrift und ihr Nachtrauernde meinten und meinen, für die Unwirksamkeit einer Schiedsvereinbarung reiche es aus, wenn überhaupt wirtschaftliche Macht eingesetzt wird, um den anderen Teil zu ihrem Abschluss zu veranlassen<sup>8</sup>, wobei man schon damals ausdrücklich die Sportverbände im Visier hatte<sup>9</sup>. Das deutsche Recht hat aber demgegenüber selbst eine Definition von „nötigen“ gegeben, nämlich in §240 des Strafgesetzbuchs über Nötigung: Die bloße Androhung eines „Übels“ für die Verweigerung einer Handlung muss „verwerflich“ sein. Es wäre auch einigermäßen absurd, jedes für vertragswidriges Verhalten Androhen von etwas, das der andere Teil als Übel ansieht, als Hindernis für eine wirksame vertragliche Einigung zu betrachten. Jede Vertragsstrafe, die ein wirtschaftlich oder sozial mächtiger Vertragsteil durchsetzt, wäre dann unwirksam. Ohne auf den Straftatbestand der Nötigung einzugehen, hat

---

<sup>7</sup> Dieser Begriff ist heute ersetzt durch „Schiedsvereinbarung“.

<sup>8</sup> Etwa z.B. *Nicklisch Betriebsberater* 1972, 1285, 1288 ff; *Schwab-Walter Schiedsgerichtsbarkeit*, 5. Aufl. 1995, Kapitel 4 Rn 15.

<sup>9</sup> Etwa *Preis Der Betrieb* 1972, 1727; *Westermann Die Verbandsstrafgewalt und das allgemeine Recht*, 1972, 108 ff; *Vollkommer Neue Juristische Wochenschrift* (künftig: NJW) 1083, 726; *Landgericht Frankfurt Zeitschrift für Insolvenzrechtspraxis* (künftig ZIP) 1989, 599.



der BGH in dem besprochenen Urteil klargestellt, dass es nicht verwerflich ist, einem Berufssportler „anzudrohen“, dass er zum Wettbewerb nicht zugelassen wird, wenn er nicht die Wettkampfbedingungen einschließlich der Zuständigkeitsregelung zugunsten des CAS/TAS akzeptiert. Man kann den BGH nur noch textlich zu Wort kommen lassen<sup>10</sup>: „[Für das Zustandekommen eines Vertrags über die Wettkampfbeteiligung] ist es elementar, dass die Regelwerke gegenüber dem Sportler in ihrer Gesamtheit gelten und flächendeckend nach einheitlichen Maßstäben durchgesetzt werden.“

(5) Schon diese Aussage ist zwar nicht autoritätsmäßig, aber intellektuell international verallgemeinerungsfähig. Alle Rechtsordnungen kennen sicherlich Bestimmungen welche die Wirksamkeit einer Vertragsklausel oder gar des ganzen Vertrags leugnen, wenn der sich belastet fühlende Teil seiner im Rechtssinne „freiwilligen“ Entscheidung beraubt war. Das ist aber nicht allein deshalb der Fall, weil sich der belastet fühlende Teil auf den Vertragsschluss mit dem auf seinem Spezialgebiet monopolistischen Partner angewiesen war und nur widerwillig dessen Vertragsklauseln akzeptieren muss, die nicht gerade dem Verdikt der „Sittenwidrigkeit“ oder „Treuwidrigkeit“ „unfairness“ oder „Unangemessenheit“ unterfallen. Das aber ist bei dem Verlangen, eine Schiedsklausel zu akzeptieren, die ein unabhängiges und von einer unparteiischen Stelle organisiertes Schiedsgericht vorsehen, der Fall<sup>11</sup>. Nebenbei sei erwähnt, dass auch der österreichische OGH<sup>12</sup> die Schiedsklausel in den Vertragsbedingungen eines Sportverbandes für unwirksam erklärte, und zwar deshalb, weil sie „unklar“ sei. Dass dies eine an den Haaren herbeigezogene Argumentation war, hat *Kocholl*<sup>13</sup> aber überzeugend dargelegt.

Man muss dem BGH zugute halten, dass er sich durch die leidenschaftliche und einseitige Polemik, die in dieser Angelegenheit in Deutschland herrschte, nicht hat beeindrucken lassen.

---

<sup>10</sup> Textziffer 59 des Urteils

<sup>11</sup> In der Richtlinie der Europäischen Union über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13/EWG v. 05.05.1993, Amtsblatt EG Nr. L 95 v. 21.04.1993 S. 29 ff.) heißt es, missbräuchliche Klauseln (englisch: unfair terms) seien solche, die „entgegen Treu und Glauben zum Nachteil [des Verbrauchers] ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursachen“.

<sup>12</sup> 3 Ob 157/14f CaS 2015, 305.

<sup>13</sup> CaS 2015, 311.



### 3. Sportschiedsgerichtsbarkeit und Kartellrecht

(6) Auch der zweite Gesichtspunkt ist verallgemeinerungsfähig, diesmal allerdings nur für das internationale Sportwesen, nicht auch für das Verhältnis von Monopolen zu ihren Vertragspartnern im allgemeinen. Ganz klar hat der BGH – ganz im Gegensatz zu den recht unüberlegten Thesen des Berufungsgerichts – gesagt, das Verlangen von Sportverbänden, die an einem Wettbewerb teilnehmenden Sportler müssten die Schiedsklausel zum CAS/TAS akzeptieren, kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist. Wahrscheinlich kennen alle Rechtsordnungen, die ein Kartellrecht entwickelt haben, das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Position<sup>14</sup>. Zwar ist auffällig<sup>15</sup>, dass der BGH, ebenso wie das OLG München, nicht das Kartellrecht der Europäischen Union<sup>16</sup> angewendet haben. Ursprünglich waren der deutsche Nationalverband und der internationale Verband in München verklagt worden. Wegen der gerichtlichen Zuständigkeit gegenüber dem ersteren bestand die Zuständigkeit auch gegenüber dem zweiten – Zuständigkeit wegen Streitgenossenschaft<sup>17</sup>. Nach dem Ausscheiden des deutschen Verbandes blieb die Zuständigkeit gegenüber dem internationalen Verband gemäß dem Prinzip der perpetuatio fori bestehen. Es kam aber in der Sache selbst grundsätzlich nicht deutsches Recht, sondern schweizerisches Recht zur Anwendung. Das Kartellrecht – ob deutsches oder solches der Europäischen Union – war aber als sogenannte „Eingriffsnorm“ beachtlich – nach dem allgemeinen Grundsatz des Kollisionsrechts, dass staatslenkende Normen unter Umständen auch dann angewendet werden müssen, wenn eigentlich ausländisches Recht zur Anwendung kommt. Jedoch war nicht nur der deutsche „Markt“ betroffen, weshalb das Kartellrecht der Europäischen Union hätte angewendet werden müssen. Der BGH fürchtete offenbar den Zeitverlust, der eintreten würde, wenn dem Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 § 3 AEUV die entscheidende

<sup>14</sup> Z.B. USA Sherman Act von 1890 sect. 2 (wörtlich wendet er sich nur gegen Monopole. Aber gerade darum geht es auch bei den Sportverbänden); Brasilien Gesetz Nr. 8884 Art. 20, 21; Schweden Competition Law chapter 2 Art. 7).

<sup>15</sup> Selbst dem das OLG München verteidigenden *Heermann* ist dies unerklärlich, Juristenzeitung 2015, 362, 363.

<sup>16</sup> Art. 101 ff, im Besonderen Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (abgekürzt AEUV; englisch: Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU).

<sup>17</sup> Damals Art. 6 Nr. 1 der EU-Verordnung 44/2001 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Heute mit identischem Text Art. 8 Verordnung [EU] 1215/2012 vom 12. Dezember 2012, in Kraft seit 10. Januar 2015.





Rechtsfrage hätte vorgelegt werden müssen. Für die Bewertung der Bedeutung der Entscheidung des BGH ist jedoch ausschlaggebend, dass das europäische Kartellrecht in Sachen „Missbrauch einer marktbeherrschenden Position“ bezüglich der Vertragsbedingungen nahezu wörtlich identisch mit dem deutschen Kartellrecht ist<sup>18</sup>. Die Entscheidung des BGH kann daher in Sachen Kartellrecht als Präjudiz („persuasive authority“) auch für das Europarecht eingestuft werden. Da die ganze Auseinandersetzung um die angeblich durch die Sportverbände geübte „Zwangsschiedsgerichtsbarkeit“ auf Deutschland beschränkt geblieben ist, wird aber vermutlich auch ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union die Frage nicht dem Gerichtshof der Europäischen Union vorlegen<sup>19</sup>.

#### 4. Ergänzung des konkreten Sachverhalts

(7) Das Urteil des OLG München und das ihm vorausgehende des LG München haben wegen eines besonderen Gerechtigkeitsaspekts sehr viel Aufsehen und eine von Mitleid erfüllte positive Reaktion ausgelöst. Dabei ist aber übersehen worden, dass gerade wegen dieses Aspekts das Schweizerische Bundesgericht sich zweimal ausführlich mit der Sache befasst hat. Claudia Pechstein hatte geltend gemacht, der „falsche“ Eindruck, dass sie gedopt habe, sei durch folgenden Umstand zustande gekommen: Ihre Blutwerte hätten nur deshalb eine Schlussfolgerung zu ihren Lasten heraufbeschworen, weil sie von Natur aus die fraglichen Werte in ihrem Blut produziere, was sie ererbt habe; die Möglichkeit einer solchen Vererbung habe erst nach dem Abschluss des ganzen Verfahrens mit wissenschaftlichen Methoden festgestellt werden können. Diesen Einwand hatte sie aber bereits in einem „Wiederaufnahmeverfahren“<sup>20</sup> vor dem Schweizerischen Bundesgericht vorgebracht. In Wirklichkeit hat sich das Schweizerische Bundesgericht<sup>21</sup> sehr ausführlich mit der Frage befasst,

---

<sup>18</sup> S. Art. 103 AEUV einerseits und § 19 deutsches Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen andererseits.

<sup>19</sup> Nach Art. 267 AEUV könnte auch ein anderes deutsches Gericht, vor allem wenn es dem BGH nicht folgen will, vorlegen.

<sup>20</sup> Im Englischen „resumption of proceedings“, in der brasilianischen ZPO von 2015 Ação rescisória, Art. 966. In der Schweiz heißt der Fachausdruck „Revision“. Diesen scheint der BGH missverstanden und gemeint zu haben, er sei mit der deutschen „Revision“ als einem letztinstanzlichen Rechtsmittel identisch.

<sup>21</sup> Vom 28. September 2010 A\_144/200 – aufzurufen unter [www.bundesgericht.ch](http://www.bundesgericht.ch).



ob wirklich ein neues, früher nicht verfügbares Beweismittel vorgebracht wird. Man muss zum Verständnis dieser Entscheidung wissen, dass nach einer prätorianisch zu nennenden Rechtsprechung das Schweizerische Bundesgericht ein Wiederaufnahmeverfahren gegen einen Schiedsspruch zugelassen hat<sup>22</sup>, wofür es in kaum einer anderen Rechtsordnung ein Gegenstück gibt<sup>23</sup>. In einem solchen Verfahren hat das Schweizerische Bundesgericht festgestellt, dass in früheren Jahren, auch bis kurz vor den entscheidenden Proben, bei Claudia Pechstein 90 Blutproben entnommen und auf Doping-Nachweise untersucht worden seien. Sie alle hatten die angeblich erblichen Blutmerkmale nicht. Da das Schweizerische Bundesgericht das Wiederaufnahmeverfahren wegen der fehlenden Neuheit des Beweismittels für unzulässig hielt, hat es dem Leser überlassen, die Schlussfolgerungen aus dieser Geschichte zu ziehen.

---

<sup>22</sup> Grundlegend BGE/ATF 118 II 200. Besonders eindrucksvoll 4\_A596/2108 = XXXV Yearbook Commercial Arbitration (2009) Fall „Fregatten von Taiwan“.

<sup>23</sup> Ausnahme: Frankreich, Cour de cassation Revue de l'Arbitrage 1993, 91 f = XIX Yearbook Commercial Arbitration (1994) 205. Für Deutschland vom Verfasser zur Übernahme empfohlen in *Stein/Jonas/Schlosser* Kommentar zur ZPO, 23. Aufl. (2014), § 1058 Rn. 4.



**English translation (Original judgment in German)**

**FEDERAL COURT OF JUSTICE**

**IN THE NAME OF THE PEOPLE**

**JUDGEMENT**

KZR 6/15

Handed down on:  
7 June 2016  
Bürk  
Clerk of the court  
acting as authentication officer

In the legal matter of

1. Deutsche Eisschnelllauf-Gemeinschaft e.V. (DESG), represented by the president, Menzinger Straße 68, Munich,

Defendant,

2. International Skating Union (ISU), represented by the president, Chemin de Primerose 2, Lausanne (Switzerland),

Defendant, Appellee and Complainant

- Attorneys of record: Jordan and Dr Hall, attorneys at law –

versus

Claudia Pechstein, Wendenschloßstraße 298, Berlin,

Plaintiff, Appellant and Respondent

- Attorney of record: Dr Hammer, attorney at law –

Having held a hearing on 8 March 2016, the anti-trust division (*Kartellsenat*) of the Federal Court of Justice, presided by the president of the Federal Court of Justice, Limperg, and attended by presiding



judges Prof. Dr. Meier-Beck and Dr. Raum and attended by associate judges Prof. Dr. Strohn and Dr. Deichfuß, has passed the following

Decision:

In reply to the Second Defendant's writ of certiorari (*Revision*), the partial final and the partial interim judgement of the anti-trust division of the Higher Regional Court of Munich of 15 January 2015 is hereby set aside insofar as the Court of Appeal has found against the Second Defendant in the said judgement.

The Plaintiff's appeal against the judgement of the Regional Court of Munich I of 26 February 2014 is dismissed in its entirety.

The costs of the appeal proceedings shall be borne by the Plaintiff.

The facts of the case:

- 1 The Plaintiff is an internationally successful speed skater. The First Defendant – which is not involved in the appeal proceedings – is the German National Association for speed skating, which has its registered offices in Munich. The Second Defendant is the International Skating Union (hereinafter referred to as ISU); the ISU has its registered offices in Switzerland. Both federations are organised in accordance with the “one place principle”, i.e., there is only one German and one international federation that organise speed skating competitions on the national and international level.
- 2 On 2 January 2009, during the period before the speed skating world championships in Hamar (Norway) on 7 and 8 February 2009, the Plaintiff signed a registration form provided by the Second Defendant. If the Plaintiff had not signed this registration form, she would not have been permitted to compete. By signing the form, the Plaintiff undertook, inter alia, to comply with the Second Defendant's anti-doping regulations. Furthermore, she also signed an arbitration agreement that provided that any disputes should be brought before the Court of Arbitration for Sport (hereinafter referred to as CAS) in Lausanne and that the jurisdiction of the ordinary courts of law should be excluded.
- 3 During the World Championships in Hamar, blood samples were taken from the Plaintiff; these samples showed elevated reticulocyte counts. The Second Defendant considered this to be



- evidence of doping. Its disciplinary commission decided on 1 July 2009 to ban the Plaintiff from competition with retroactive effect as of 7 February 2009 for two years on the ground of illegal blood doping, to annul the results obtained by the Plaintiff during the competitions on 7 February 2009 and to strip her of the points, awards and medals that she had won. In a letter dated 19 July 2009, the First Defendant informed the Plaintiff that she was also excluded from training as a result of this ban and that her status as a member of the team for the Olympic Winter Games 2010 had been suspended.
- 4 The Plaintiff and the First Defendant appealed to the CAS against the decision of the disciplinary commission. On 29 September 2009, the CAS submitted its Rules of Procedure for these proceedings, in which, inter alia, it determined its own jurisdiction. These Rules of Procedure were signed by the parties. In an award dated 25 November 2009, the CAS dismissed the appeals almost without exception; only the date of commencement of the ban was altered to 8 February 2009.
  - 5 The Plaintiff appealed against this award to the Swiss Federal Tribunal; this appeal was dismissed by a judgment dated 10 February 2010. A further appeal (Revision [i.e.: *based on alleged new facts*]) filed by the Plaintiff with the Swiss Federal Tribunal was dismissed by a judgment dated 28 September 2010.
  - 6 By the present action, the Plaintiff requests a declaratory judgement stating that her ban due to doping was unlawful, and a decision ordering the Defendants to pay compensation for the material damage suffered by her, as well as compensation for her pain and suffering. The Regional Court (*Landgericht*) dismissed the complaint (Regional Court of Munich I, SchiedsVZ 2014, 100). The Plaintiff accepts the dismissal of the complaint against the First Defendant; however, she has filed an appeal against the dismissal of the complaints against the Second Defendant. The Court of Appeal handed down a partial final and partial interim decision (Higher Regional Court of Munich, WuW/E DE-R 4543) dismissing the Plaintiff's appeal to the extent of dismissing the first point of the complaint filed against the Second Defendant – i.e., the request for a declaratory judgement stating that the doping ban imposed on the Plaintiff was illegal. Concerning the further relief sought in the complaints – damages, including damages for pain and suffering –, the Court of Appeal has found that the action filed against the Second Defendant is admissible. The Second Defendant then appealed against this decision by an appeal on points of law only, which was allowed by the Court of Appeal and is now being contested by the Plaintiff.



Statement of reasons:

- 7 A. The Court of Appeal based its decision essentially on the following reasons:
- 8 The German courts have international jurisdiction over the complaint against the Second Defendant. This jurisdiction is based on Art. 6 no. 1 of the *Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters of 30 October 2007 (Lugano Convention 2007)*. The close link required as a prerequisite for recourse to these courts, together with another legal entity, at the place where the other legal entity has its registered offices, is provided by the fact that the complaints against the First Defendant and the Second Defendant are based on one and the same factual and legal situation. There are no indications of any abusive behaviour on the Plaintiff's part, e.g. by filing a suit against the First Defendant with the sole aim of establishing the jurisdiction of the German courts over the Second Defendant. The German courts continue to hold jurisdiction with regard to the complaint filed against the Second Defendant even after the dismissal of the complaint against the First Defendant has become *res iudicata*.
- 9 The arbitration agreement concluded between the Plaintiff and the Second Defendant does not hinder access to the regular courts. The arbitration agreement is invalid because it infringes mandatory law. Pursuant to Art. 34 of the Introductory Law to the German Civil Code (EGBGB), the effectiveness of the arbitration agreement must be evaluated in accordance with German anti-trust law. Such an evaluation shows that the arbitration agreement is invalid according to sec. 19 para. 1, para. 4 no. 2 of the German Act against Restraints on Competition (*GWB*), old version. The Second Defendant holds a monopoly position in the relevant market of admission to speed skating world championships and is therefore an addressee of the norm. The organisation of sporting events constitutes a commercial activity. By submitting a registration form providing for the jurisdiction of a court of arbitration and excluding the jurisdiction of the courts of law, the Second Defendant imposed general terms and conditions of business. This assessment is not contradicted by the International Convention against Doping in Sports of 19 October 2005, which refers to the principles of the World Anti-Doping Code (hereinafter referred to as WADC) that include mandatory jurisdiction of the CAS. There is no indication either that the Convention considers this specific detail to be part of the principles that the signatory states – including Switzerland – undertook to adhere to, or that Switzerland had created a statutory obligation according to which the Second Defendant would have had to draw up an arbitration agreement involving the CAS. The question whether the Second Defendant felt itself obliged to demand an arbitration agreement involving the CAS for other than statutory reasons, particularly because it wanted to maintain its recognition by the



International Olympic Committee, is irrelevant to the assessment from the point of view of anti-trust law.

- 10 A request for an arbitration agreement on the part of the organiser of an international sporting competition is not, in itself, an abuse of a dominant market position. In particular, guaranteeing uniform jurisdiction and rules of procedure in proceedings based on similar sets of facts prevents contradictory decisions and provides an objective reason for submitting disputes between athletes and federations in connection with international competitions to a uniform court of arbitration for sports. In the present case, however, the request to sign the arbitration agreement does constitute an abuse of market position, since the federations have a significant influence on the selection of the persons eligible for appointment as arbitrators in proceedings before the CAS. There is no objective justification for this excess of power in the hands of the federation. The only reason for an athlete to sign the arbitration agreement despite this imbalance is the monopoly position of the federation. Since the arbitration agreement blocked the Plaintiff's access to the courts of law and to a judge provided by law, the level of materiality required for an assumption of abuse of market position may be considered to have been exceeded.
- 11 An assumption of abuse under anti-trust law is not contradicted by the deletion of sec. 1025 para. 2 of the Code of Civil Procedure (*ZPO*), old version, which provided for the invalidity of an arbitration agreement in cases where one party abused its economic or social dominance to force the other party to sign it. To justify the deletion of this provision, the legislative authorities argued that the invalidity of the arbitration agreement would constitute an excessive legal consequence in view of the fact that arbitration offered legal protection that is, generally speaking, equivalent to that of the courts of law, and that the rule of sec. 1034 para. 2 of the Code of Civil Procedure guarantees a balanced composition of the court of arbitration. However, these legislative considerations are irrelevant to the evaluation under anti-trust law, since it is a typical feature of anti-trust abuse control that market-dominating enterprises are prohibited from certain behaviours that are freely permitted to other market participants.
- 12 The Plaintiff is not prevented from bringing her case before a court of law because of contradictory behaviour. It is true that she filed an objection against the doping ban with the CAS. However even if this had entailed an acknowledgement of the latter's jurisdiction, such jurisdiction cannot be extended to other disputes, particularly to the dispute concerning the claims for damages in question here. Furthermore, it is unclear why the Second Defendant should have been expected to assume that the Plaintiff would have recourse to the CAS for other disputes than those concerning the validity of the doping ban. After all, the signing of the



Rules of procedure of the CAS could only have established its jurisdiction over the pending dispute concerning the doping ban, but not over other proceedings.

- 13 The first claim (declaratory judgement establishing the illegality of the doping ban) is inadmissible since it was not aimed at a declaratory judgement concerning a legal relationship. However, the other claims (material damages and compensation for pain and suffering) are admissible. To the extent that it is admissible, the complaint is not ready for decision; in particular, it is not unfounded due to any *res iudicata* effects of the arbitral award of the CAS. The recognition of the CAS award constitutes a violation of *ordre public* due to the fact that the arbitration agreement violated anti-trust law.
- 14 B. The Second Defendant's appeal on a point of law is successful and restores the judgement of the regional court which had dismissed the complaint. The complaint, to the extent that it has not yet been dealt with, is inadmissible.
- 15 I. However, the German courts have international jurisdiction over the complaint pursuant to Art. 6 no. 1 in conjunction with Art. 60 of the Lugano Convention 2007.
- 16 Pursuant to Art. 6 no. 1 of the Lugano Convention 2007, the courts of a state bound by this convention also have jurisdiction over actions filed against a defendant which has its registered offices in another signatory state if it is being sued together with a defendant having its registered offices in the state in which the court is located, and if the connection between the complaints is so close that joint proceedings and a joint decision appear to be necessary in order to prevent contradictory decisions being passed in separate proceedings. In the present case these requirements have been met with regards to the action filed jointly against the First and Second Defendant.
- 17 1. According to the case law of the Federal Court of Justice, the interpretation of Art. 6 no. 1 of the Lugano Convention 2007 must take into account the parallel provision of Art. 8 no. 1 of the Brussels I Regulation as well the relevant case law of the Court of Justice of the European Union (decision of 30 November 2009 – II ZR 55/09, WM 2010, 378). According to this, the necessary link between the complaints may be assumed to exist if the legal and factual situation is identical in both cases and there is a risk of contradictory decisions (ECJ, judgement of 11 April 2013 – C-645/11, NJW 2013, 1661, margin no. 43 – Sapir; judgement of 11 October 2007 – C-98/06, Slg. 2007, I-8340, margin no. 40 – Freeport; Federal Court of Justice, decision of 30 November 2009 – II ZR 55/09, WM 2010, 378; Geimer in Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3<sup>rd</sup> ed., Art. 6 of the Brussels I Regulation, margin no. 19;





Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 36<sup>th</sup> ed., Art. 8 of the Brussels I Regulation, margin no. 4). As far as the claims for damages still pending before the Court of Appeal are concerned, the complaint against the Second Defendant is based on the Plaintiff's allegation that the doping ban imposed upon her was unlawful. The First Defendant was accused of having concretized the doping ban imposed by the Second Defendant by way of a letter dated 19 July 2009, and having subsequently implemented it. This means that the claims filed against the First Defendant were also based on the allegation of unlawfulness of the imposed doping ban. This means that both complaints are based on the same factual and legal situation, particularly in view of the fact that the Plaintiff has also cited both Defendants as joint and several debtors (see Bergermann, *Doping und Zivilrecht*, 2002, p. 256; Grothe in *Festschrift für Hoffmann*, 2011, p. 601, 614 et seq.; Classen, *Rechtsschutz gegen Verbandsmaßnahmen im Profisport*, 2014, p. 38; Adolphsen in *Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, Sportrecht in der Praxis*, 2012, margin no. 1253; concerning the question of connectedness (*Konnexität*) in case of joint and several liability, see Stadler in *Musielak/Voit*, ZPO, 13<sup>th</sup> ed., Art. 8 of the Brussels I Regulation, margin no. 3).

18        2.        The Court of Appeal has correctly rejected the suggestion of an attempt at forum shopping, i.e., the suggestion that the First Defendant had only been sued in order to keep the Second Defendant away from the Swiss courts that would actually have had jurisdiction over it. In particular, an alleged inconclusiveness of the complaint against the First Defendant does not constitute sufficient evidence of an abuse of Art. 6 of the Lugano Convention 2007.

19        According to the case law of the Court of Justice of the European Union, the jurisdiction clause of Art. 8 no. 1 of the Brussels I Regulation cannot be interpreted to mean that a plaintiff is entitled to bring an action against a plurality of defendants with the sole purpose of removing one of them from its proper court (EUGH, judgement of 13 July 2006 – C-103/05, Slg. 2006, I-6840, margin no. 32 – *Reisch Montage*; judgement of 27 September 1988 – 189/87, Slg. 1988, 5579, margin no. 9 – *Kalfelis*). However, the lack of attempts at forum shopping is not a prerequisite of jurisdiction requiring separate examination, but needs only to be taken into account in connection with the considerations as to whether a joint hearing and decision appears necessary (ECJ, judgement of 11 October 2007 – C-98/06, Slg. 2007, I-8340, margin no. 54 – *Freeport*; Geimer in *Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3<sup>rd</sup> ed., Art. 6 of the Brussels I Regulation, margin no. 23; *MünchKommZPO-Gottwald*, 4<sup>th</sup> ed., Art. 6 of the Brussels I Regulation, margin no. 14; concerning the consideration as an independent item for examination, see Stadler in *Musielak/Voit*, ZPO, 13<sup>th</sup> ed., Art. 8 of the Brussels I Regulation, margin no. 3).



20 Any act of forum shopping – which would have to be taken into account - will however not be assumed to have been proved just because the complaint against the First Defendant was already inadmissible under national law at the time it was filed, or was found to be inadmissible subsequently (see ECJ, judgement of 30 July 2006 – C-103/05, Slg. 2006, I-6840, margin no. 31, 33 – Reisch Montage; for an opinion affirming jurisdiction pursuant to Art. 6 no. 1 of the Brussels I Regulation independently of the admissibility or merits of the “original action”, see also Kropholler / von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 9<sup>th</sup> ed., Art. 6 of the Brussels I Regulation, margin no. 8, 16; Geimer in Geimer/Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3<sup>rd</sup> ed., Art. 6 of the Brussels I Regulation, margin no. 25; MünchKommZPO-Gottwald, 4<sup>th</sup> ed., Art. 6 of the Brussels I Regulation, margin no. 6; Thomas/Putzo/Hüßtege, *ZPO*, 36<sup>th</sup> ed., Art. 8 of the Brussels I Regulation, margin no. 5; for a different opinion, see Wagner, in Stein/Jonas, *ZPO*, 23<sup>rd</sup> ed., Art. 6 of the Brussels I Regulation, margin no. 44 et seq.; for a different opinion, see Stadler in Musielak/Voit, *ZPO*, 13<sup>th</sup> ed., Art. 8 of the Brussels I Regulation, margin no. 5). This point of view is supported, in particular, by the fact that the practical effectiveness of the jurisdiction provision of Art. 6 no. 1 of the Lugano Convention 2007 would no longer be guaranteed if difficult questions of jurisdiction or the question of the merits of the “original action” had to be dealt with already at the stage at which the jurisdiction of the court is being examined (see Kropholler/von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 9<sup>th</sup> ed., Art. 6 of the Brussels I Regulation, margin no. 16). In this way, the legal certainty aimed at by this provision would also be impaired (see ECJ, judgement of 13 July 2006 – C-103/05, Slg. 2006, I-6840, margin no. 25 – Reisch Montage). Conclusions may be different in cases where the inconclusiveness of the “original action” is obvious. However, this is not the case here. The contrary opinion set forth in the appeal on a point of law relied mainly on the consideration that the First Defendant was not involved in the doping ban on which all the Plaintiff’s claims for damages are based and that, therefore, it had not committed any act that could have given rise to liability. On the other hand, the Plaintiff considered the First Defendant to be liable because it had implemented the doping ban imposed by the Second Defendant although it could have ignored the ban quite easily, and it would have been possible and reasonable for it to do so. This is not an obviously ineligible starting point for joint action including the First Defendant.

21 3. According to the principle of *perpetuatio fori*, the international jurisdiction of German courts over the action against the Second Defendant, once established, will not cease as a result of the dismissal of the action against the First Defendant having become *res iudicata* in the meantime (ECJ, judgement of 5 February 2004 – C-18/02, Slg. 2004, I-1441, margin no. 36 et seq. – DFDS Torline; Kropholler/von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 9<sup>th</sup> edition, Art. 6 of the Brussels I Regulation, margin no. 14; Adolphsen in Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger,



Sportrecht in der Praxis, 2012, margin no. 1254; Schlosser in Schlosser/Hess, EU-Zivilprozessrecht, 4<sup>th</sup> edition, Art. 8 of the Brussels I Regulation, margin no. 3).

- 22 II. However, the complaint is inadmissible due to the Second Defendant pleading the arbitration agreement (sec. 1032 para. 1 in conjunction with sec. 1025 para. 2 of the Code of Civil Procedure).
- 23 1. By signing the registration for the competition at the Second Defendant's request, the Plaintiff and the Defendants entered into an arbitration agreement pursuant to sections 1025 et seq. of the Code of Civil Procedure. The CAS is a "true" court of arbitration within the meaning of the Code of Civil Procedure and not merely an association tribunal (*Verbandsgericht*) (for more details concerning this distinction, see FCJ, judgement of 28 November 1994 – II ZR 1 1/94, BGHZ 128, 93, 108 et seq.; Schlosser in Stein/Jonas, ZPO, 22<sup>nd</sup> ed., ahead of sec. 1025, margin no. 11) or any other dispute resolution body.
- 24 a) The general outlines of the position of the judiciary power within the governmental structure and its relationship with the citizens have been established as fundamental principles of the German legal system (cf. BVerfGE 2, 307, 320). A judge must observe a proper distance and neutrality (cf. BVerfGE 21, 139, 145 et seq.; 42, 64, 78); the nature of a judge's work excludes any possibility that it could be done by uninvolved third parties (for the relevant case law, see, inter alia, BVerfGE 3, 377, 381). As regards arbitration, the function and effect of which constitutes substantive jurisprudence, no exception to this principle is made. Consequently, a "true" court of arbitration by which access to the court of law can be effectively excluded can only exist in cases where the arbitration court called upon to decide the particular case represents an independent and neutral instance (FCJ, judgement of 15 May 1986 – III ZR 192/84, BGHZ 98, 70, 72; decision of 27 May 2004 – III ZB 53/03, BGHZ 159, 207, 211 et seq.; Schlosser in Stein/Jonas, ZPO, 22<sup>nd</sup> ed., ahead of sec. 1025, margin no. 11).
- 25 b) The CAS represents such an independent and neutral instance. Unlike a federation or association tribunal (concerning this point, see FCJ, decision of 27 May 2004 – III ZB 53/03, BGHZ 159, 207, 210 et seq.), it is not incorporated into any particular federation or association. As an institution, it is independent of the sports federations and Olympic Committees that support it (see Federal Tribunal of Switzerland, judgment of 27 May 2003 – 4P.267-270/2002, SchiedsVZ 2004, 208, 209 et seq. – Danilova and Lazutina); it is intended to ensure uniform jurisdiction across all federations.



- 26 c) The procedure of drawing up the list of arbitrators of the CAS indicates no structural imbalance impairing the independence and neutrality of the CAS to such an extent that its position as a “true” court of arbitration could be called into question (this is also the conclusion of Görtz, *Anti-Doping-Maßnahmen im Hochleistungssport aus rechtlicher Sicht*, 2012, p. 219; Schlosser in Stein/Jonas, *ZPO*, 22<sup>nd</sup> ed., sec. 1034, margin no. 13; for a different opinion, see Classen, *Rechtsschutz gegen Verbandsmaßnahmen im Profisport*, 2014, p. 69 et seq.; Orth, *SpuRt* 2015, 230, 232; Heermann, *SchiedsVZ* 2015, 78, 79, who has some doubts; Holla, *Der Einsatz von Schiedsgerichten im organisierten Sport*, 2006, p. 204).
- 27 aa) According to the findings of the Court of Appeal, the 2004 rules governing the procedure that were applicable on the date on which the arbitration agreement was signed (Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-related Disputes, hereinafter referred to as Statutes, and the Procedural Rules, hereinafter referred to as the Procedural Rules), the parties appealing to the CAS are only entitled to select the arbitrators from a closed list of arbitrators drawn up by the International Council of Arbitration for Sport (hereinafter referred to as ICAS). The ICAS consists of 20 members. The International Sports Federations (of which the Second Defendant is one), the National Olympic Committees and the International Olympic Committee are each entitled to appoint four of these members. These 12 members then appoint four members “with a view to safeguarding the interests of the athletes”. These 16 members finally appoint four further members who are independent of the organisations that have nominated all the other members. The members of the ICAS pass their decisions with a simple majority of all votes. When selecting arbitrators for the CAS, the ICAS is obliged to guarantee a distribution that corresponds to its own composition: one fifth of the arbitrators must be chosen from those appointed by the International Sports Federations, one fifth from those appointed by the International Olympic Committee and one fifth from those appointed by the National Olympic Committees; a further fifth should be selected to safeguard the interests of the athletes and the remaining fifth should consist of persons who are independent of the persons responsible for proposing the other arbitrators. During appeal proceedings before the CAS, the president of the appeal division who has been elected by a simple majority in the ICAS is entitled to appoint a chairman for the panel seized of the dispute in question if the parties to the dispute failed to come to an agreement concerning this point.
- 28 The Court of Appeal concludes from this that due to the majority principle applying to the ICAS, the federations are overrepresented by the 12 members appointed by them, which allegedly enables them to influence the composition of the list of arbitrators, particularly in view of the fact that the independence in relation to the federations of the further eight members cannot be guaranteed since they are elected by the 12 members linked to the federations. This



ascendancy represents a risk in that the persons included in the list of arbitrators are likely, for the most part or even entirely, to be closer to the federations than to the athletes. There is no objective justification for this preponderance of the federations. In disputes between the federations and the athletes, the interests of the parties are not identical, but rather directly opposed to each other.

- 29 bb) This conclusion is without merit.
- 30 The independence required for a qualification as a “true” court of arbitration will be found to be lacking in cases where the members of the arbitral tribunal are determined solely or predominantly by one party, or where the parties to the dispute do not have equal influence on the composition of the tribunal (FCJ, decision of 27 May 2004 – III ZB 53/03, BGHZ 159, 207, 213 et seq.; Haas, ZVglRWiss 2015, 516, 517 et seq.; Classen, Rechtsschutz gegen Verbandsmaßnahmen im Profisport, 2014, p. 62 et seq.). However, in case of an actual dispute the parties have equal influence on the composition of the arbitral tribunal of the CAS. Both parties are entitled to choose an arbitrator from the (closed) list of arbitrators. A list of arbitrators as such is unobjectionable as long as it is not used to institutionalise the predominant influence of one party (see Zöller/Geimer, ZPO, 31<sup>st</sup> edition, sec. 1034, margin no. 11) or the body exercising a decisive influence on the drawing up of the list of arbitrators is closer to one party than to the other, i.e., belonging to a specific “camp” (Schlosser in Stein/Jonas, ZPO, 22<sup>nd</sup> ed., sec. 1025, margin no. 10). There is no such predominant influence in the present case.
- 31 The list of arbitrators reflects no institutionalisation of a predominant influence on the part of any specific sports federation involved in actual proceedings (in this case, the Second Defendant) in the sense that it could have directly influenced the list. The Second Defendant only has an indirect influence over the composition of the list of arbitrators, since, according to the findings of the Court of Appeal, it is one of the international sport federations entitled to appoint four members of the ICAS. Furthermore, one fifth of the arbitrators should be appointed from among the persons named by the international sport federations. This means that an international sports federation such as the Second Defendant does have a certain influence on the composition of the list of arbitrators. However, its scope is not sufficient to permit the Second Defendant to exercise a decisive influence on the composition of the list of arbitrators. No indications have been found, and no evidence has been provided to suggest that the list of arbitrators, which must include a minimum of 150 persons – in fact, it includes far more than 200 (see Haas, ZVglRWiss 2015, 516, 528) – does not contain a sufficient number of neutral persons independent of the Second Defendant (see FCJ, judgement of 7 January 1971 – VII ZR 160/69, BGHZ 55, 162, 175 et seq.; Pfeiffer, SchiedsVZ 2014, 161, 164; Öschütz, Anmerkung zur



Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts im Fall Danilova und Lazutina, SchiedsVZ 2004, 211, 212).

- 32 A dominant influence of the federation involved in the proceedings in the present case cannot be deduced from the fact that the sports federations and the Olympic Committees globally have an important influence with respect to the composition of the list of arbitrators. A predominant position of the federation involved in the present proceedings vis-à-vis the athlete when determining the arbitrators could only be deduced from this if “federations” and “athletes” were seen as two “camps” confronting each other and motivated by opposing interests, as may be the case in other areas, e.g. in disputes involving employers and employees. However, “federations” and “athletes” do not represent such opposing camps. It is true that, in the present case, a federation – the Second Defendant – and an athlete – the Plaintiff – were facing each other before the CAS as opposing parties; yet this does not mean that it is possible to place all the other sports federations automatically in the same camp as the Second Defendant. Generally speaking, the sports federations and the Olympic Committees are competing units with very different individual interests (see Haas, ZVglRWiss 2015, 516, 528 et seq.). As far as the obligation of implementing the WADC is concerned, they may very well represent parallel interests in doping cases. However, these interests are usually identical with the interests of the athletes in ensuring that sport remains free from doping. Furthermore, beyond the common goal of ensuring doping-free sports competitions, there will frequently be quite different individual interests on the part of the various federations and the athletes. Like the First Defendant, a federation may support its athlete in doping-related proceedings because it is convinced of the athlete’s innocence. Another federation – as, in the present case, the Second Defendant – may defend the doping ban imposed by its disciplinary commission. As far as the athletes are concerned, an athlete found guilty of doping will fight for the mildest possible sanctions, while other athletes, whose interests may have been prejudiced by their doping competitor, may possibly be in favour of much stricter sanctions.
- 33 The panel has not lost sight of the fact that possibly the interest of the “federation’s side” in ensuring effective implementation of the rules and the public perception of such implementation may be in conflict with the interests of the athlete in question in ensuring a high standard of evidence. However, in view of the main goal of a doping-free sport pursued by all federations and athletes – despite very different individual interests in individual cases – this does not justify an assumption of homogenous “camps”, consisting of “the federations” and “the athletes”, which would permit individual sports federations such as the Second Defendant to be automatically lumped with all the other federations so as to construe a predominance of an individual party to the proceedings with respect to the composition of the arbitral tribunal.



- 34 d) In other respects, the Statutes and the Procedural Rules of the CAS provide sufficient individual independence and neutrality on the part of the arbitrators. After the appointment, the arbitrators must sign a declaration to the effect that they undertake to exercise their function in an objective and independent manner. They cannot be members of the ICAS and they are obliged to disclose to the parties any circumstances that may impair their impartiality. Furthermore, the parties are given the opportunity to challenge an arbitrator who appears to them to be not impartial. The Plaintiff's objection that this right of challenge is only of limited value since the arbitrators are not obliged to disclose whether and how many times in the past they have already been appointed by a party can all the less hinder the classification of the CAS as a "true" Court of Arbitration, just like the right of suggestion (*Hinweisrecht*) of the Secretary General of the CAS – before being signed, an arbitral award must be submitted to the Secretary General, who may correct formal errors and draw the attention of the arbitral tribunal to "fundamental issues of principle" (compare the doubts resulting from this as to the factual independence of the arbitral tribunal with the similar provision of Art. 33 [corresponding to Art. 27 of the old version] of the ICC Rules of arbitration, see Reiner/Jahnel in Schütze, *Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit*, 2<sup>nd</sup> ed., Art. 27 ICC, margin no. 8 et seq.; Schlosser in Stein/Jonas, *ZPO*, 22<sup>nd</sup> ed., sec. 1036, margin no. 60 et seq.).
- 35 aa) The provision of sec. 1034 para. 2 of the Code of Civil Procedure, which provides a special procedure, subject to a time limit, before domestic courts of arbitration in cases of structural predominance of one party in the composition of the arbitral panel, indicates that not all impairments of the independence and neutrality of the arbitral panel will exclude the applicability of sections 1025 et seq. of the Code of Civil Procedure. Rather, the application of sections 1025 et seq. will only be waived if the court of arbitration is no longer organised as an independent and impartial body according to its own statutes or if the "arbitral proceedings" boil down to no more than a decision on the part of the association or federation itself to safeguard its own interests, i.e. if a mere representation of the interests of the association or federation in question is to be expected (FCJ, decision of 27 May 2004 – III ZB 53/03, BGHZ 159, 207, 212 et seq.).
- 36 This is in accordance with the case law of the Federal Court of Justice concerning foreign arbitral awards, the recognition of which is only refused if the violations of the requirement of neutrality are absolutely irreconcilable with the principles governing the exercise of judicial power, e.g. because, from the point of view of a neutral observer, they justify the assumption that the arbitrators are no more than agents implementing the intentions of one party, or because the arbitrators unilaterally promote the interests of one party over those of the other for reasons



unrelated to the case in question. This means that recognition of a foreign arbitral award can only be refused if the violation of the rule of impartial administration of justice has had actual, palpable consequences to the arbitral proceedings (FCJ, judgement of 15 May 1986 – III ZR 192/84, BGHZ 98, 70, 74 et seq.).

37 bb) However, as already explained above, this is definitely not the case here.

38 The fact that a federation has, as a rule, more often the opportunity to nominate an arbitrator than an individual athlete is in the nature of things; it does not mean that the arbitrator nominated by the federation can be considered as its agent.

39 The right of the Secretary General of the CAS to point out fundamental issues of principle does not, basically, constitute a restriction to the independence of the arbitral tribunal, either. Rather, this right of suggestion serves to guarantee a uniform jurisdiction.

40 2. The arbitration agreement between the parties of 2 January 2009 covers the claims for damages raised by the Plaintiff.

41 When the Plaintiff signed the registration form of 2 January 2009, she submitted to the articles of association of the Second Defendant. The registration form expressly refers to art. 26 of the articles of association, as well as to the right of decision of the CAS with regard to final and absolute arbitral awards binding upon the Second Defendant, its members and all participants in events organised by the Second Defendant, to the total exclusion of the jurisdiction of all ordinary courts. Art. 26 of the Second Defendant's articles of association in force at the time set out the responsibilities of the CAS. According to this, claims for damages and other claims against the Second Defendant, which could otherwise have been brought before a civil court, were to be subject to the exclusive jurisdiction of the CAS.

42 3. The arbitration agreement between the parties is valid.

43 a) The agreement must be evaluated in accordance with the standards established by sec. 19 of the Act against Restraints of Competition, old version.

44 In case of a conflict of laws, the question of a valid conclusion and the effectiveness of an arbitration agreement must be evaluated in accordance with the rules of German International Private Law (FCJ, judgement of 3 May 2011 – XI ZR 373/08, NJW-RR 2011, 1350, margin no. 38). According to Art 27 et seq. of the Introductory Law to the German Civil Code, valid until 17





December 2009 and thus applicable to the arbitration agreement of 2 January 2009 (cf. FCJ, loc. cit.), the effectiveness of the arbitration agreement must be determined in accordance with German anti-trust law, the law applicable to the contract notwithstanding. According to Art. 34 of the Introductory Law to the German Civil Code, old version, the applicable provisions are those provisions of German law that cannot be contractually modified and that are mandatorily applicable internationally to the facts in question, without regard to the law governing the contract itself. These include the provisions of anti-trust law (MünchKommBGB-Martiny, 4<sup>th</sup> ed., Art. 34 EGBGB, margin no. 94; Palandt/Thorn, BGB, 68<sup>th</sup> ed., Art. 34 EGBGB, margin no. 3). Concerning this point, the conflict of laws clause of private competition law in sec. 130 para. 2 of the Act against Restraints of Competition (cf. Rehbindler in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5<sup>th</sup> ed., § 130 GWB, margin no. 291) states that the provisions of the Act against Restraints of Competition are applicable to all restraints of competition which – as in the present case concerning an abuse of a dominant market position vis-à-vis a person resident in Germany – have an impact within the scope of applicability of this law, even if they have been initiated outside the scope of applicability of this law (cf. Tyrolt, Sportschiedsgerichtsbarkeit und zwingendes staatliches Recht, 2007, p. 44; for a different opinion, see Duve/Rösch, SchiedsVZ 2015, 69, 74).

- 45      b)      The Second Defendant is the addressee of the norm of sec. 19 of the Act against Restraints of Competition, old version. The Court of Appeal has correctly found that the organisation of sporting events constitutes a commercial activity and that, in view of the one place principle, the Second Defendant occupies a monopoly position in the relevant market of the organisation of speed skating world championships.
- 46      c)      The arbitration agreement entered into by the parties is valid. It does not infringe the prohibition of abuse under anti-trust law pursuant to section 19 of the Act against Restraints of Competition in the version applicable to this dispute, in force until 29 June 2013 (hereinafter referred to as the “old version”), which would render it invalid pursuant to sec. 134 of the German Civil Code.
- 47      The question whether the applicability of the prohibition of abuse under antitrust law is excluded because the Second Defendant was not acting as an entrepreneur when entering into the arbitration agreement, but rather in accordance with its obligation to provide exclusive jurisdiction of CAS for legal remedies against decisions in anti-doping proceedings resulting from the participation in an international sporting event, or in cases involving international top athletes (Art. 13.2.1 in conjunction with Art. 23.2.2 WADC), may be left unanswered. In any case, the behavior of the Second Respondent – following a comprehensive evaluation of the interests



of both parties, taking into account the aim of the Act against Restraints of Competition of safeguarding the freedom of competition - does not constitute any abuse of its dominant position in the market.

- 48 It is also irrelevant whether the Second Defendant's request that the Plaintiff sign the arbitration agreement should be evaluated in accordance with sec. 19 para. 4 no. 2 of the Act in Restraint of Competition, old version (abuse of conditions) or in accordance with the general clause of sec. 19 para. 1 of the Act against Restraints of Competition, old version (concerning this point, BGH, judgement of 6 November 2013 – KZR 58/11, BGHZ 199, 1, margin no. 65 – VBL-Gegenwert; Fuchs/Möschel in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5<sup>th</sup> edition, § 19 GWB, margin no. 254, 256; the question is left open by FCJ, decision of 6 November 1984 – KVR 13/83, WuW/E BGH 2103, 2107 – Favorit; Nothdurft in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12<sup>th</sup> ed., § 19 GWB, margin no. 144). The balancing of interest required both under sec. 19 para. 4 no. 2 and under sec. 19 para. 1 of the Act against Restraints of Competition, old version, shows that the Second Defendant has not committed any abuse. The request for an arbitration agreement designating the CAS as the Court of arbitration is definitely justified from an objective point of view and does not contradict the general values enshrined in the law. In particular, this request is in no way contrary to the Plaintiff's right of access to the courts, her rights of professional freedom (Art. 12 of the German Constitution) and her rights under Art. 6 ECHR. This also means that the arbitration agreement cannot be considered invalid pursuant to sec. 138 of the German Civil Code.
- 49 aa) As far as the balancing of interests is concerned, the Plaintiff is mainly interested in obtaining a decision by an independent court (of arbitration) in fair proceedings, while the Second Defendant is mainly interested in safeguarding the interests of sporting federations in achieving functioning global sports arbitration. However, neither aspect is limited to the interests of one party only. Only an independent and fair sports arbitration can expect to be recognised and respected worldwide, and every athlete wishing to participate in fair competition must be interested in having alleged violations of anti-doping rules cleared up and sanctioned on an international level in accordance with uniform standards, and in ensuring equal treatment for all the athletes from different countries against whom such violations may have been alleged.
- 50 The fact that the fight against doping is of paramount importance worldwide has never been denied by either party and is undisputed. Against this background, a uniform system of arbitration is intended to implement the anti-doping rules of the WADC in an effective manner and in accordance with uniform case law. If this task were left to the courts in the individual



states, the goal of international sporting arbitration would be jeopardised. No one has succeeded as yet in drawing up a system of rules capable of maintaining international sports arbitration, while, at the same time, completely avoiding the deficiencies in connection with the appointment of independent arbitrators and the proceedings in general that results from the significant influence exercised by the international sports federations and the Olympic Committees. The CAS procedure has been criticised in the past – inter alia due to the case law of the Swiss Federal Tribunal –, which has already led to modifications of these procedural rules (Öschütz, SchiedsVZ 2004, 211 et seq.). The statutes of the CAS, as they currently stand, contain procedural rules for the appointment of arbitrators which can be considered as acceptable.

- 51 bb) The request of the Second Defendant that an arbitration agreement be signed does not violate the fundamental rights of the Plaintiff. It is true that it affects the fundamental rights. However, this fact, by itself, does not mean that the interests of the Plaintiff must always be given precedence when balancing the interests of the parties pursuant to sec. 19 of the Act against Restraints of Competition, old version, (cf. concerning the fundamental right to private property, BGH, decision of 4 March 2008 – KVR 21/07, BGHZ 176, 1, margin no. 38 et seq. – Soda-Club II), particularly in view of the fact that the case involves fundamental rights on the part of the Second Defendant, as well.
- 52 The right of access to justice, which is derived from the rule-of-law principle in conjunction with the fundamental rights, particularly with Art. 2 para. 1 of the German Constitution, guarantees access to courts governed by the state and staffed with independent judges (cf. BVerfGE 107, 395, 406 et seq.; 117, 71, 121 et seq.; 122, 248, 270 et seq.; Uhle in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Band V, 2013, § 129, margin no. 29; Papier in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3<sup>rd</sup> ed., vol. VIII, § 176, margin no. 12). However, it is possible to waive this right to access to the state courts and to agree on arbitration instead, as long as the parties have submitted voluntarily to the arbitration agreement and the resulting waiver of a decision by state judicial authority (BGH, judgement of 3 April 2000 – II ZR 373/98, BGHZ 144, 146, 148 et seq.; – Körbuch; Zöllner/Geimer, ZPO, 31<sup>st</sup> ed., ahead of § 1025, margin no. 4; Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 5<sup>th</sup> ed., Introduction, margin no. 10; Uhle in Merten/Papier, loc. cit., § 129, margin no. 4; Papier in Isensee/Kirchhof, loc. cit., § 176, margin no. 13; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3<sup>rd</sup> ed., margin no. 240).
- 53 (1) The Plaintiff submitted to the arbitration agreement voluntarily and, consequently, effectively (similarly with respect to the conclusions: Adolphsen in Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, Sportrecht in der Praxis, 2012, margin no. 1151 et seq.; Görtz, Anti-Doping-Maßnahmen im Hochleistungssport aus rechtlicher Sicht, 2012, p. 241 et



seq.; Duve/Rösch, *SchiedsVZ* 2015, 216, 222 et seq.; for a differing opinion, see Orth, *SpuRT* 2015, 230, 231; Monheim, *SpuRT* 2014, 90, 91; Classen, *Rechtschutz gegen Verbandsmaßnahmen im Profisport*, 2014, p. 87 et seq.; Heermann, *SchiedsVZ* 2015, 78, 80; Bleistein-Degenhart, *NJW* 2015, 1353, 1355; Bergermann, *Doping und Zivilrecht*, 2002, p. 141 et seq., 281; see also Maihold, *SpuRt* 2013, 95, 96, who has some doubts).

- 54     An involuntary waiver of reliance on fundamental rights may have been obtained in cases where physical or psychological coercion have been used, e.g. by threatening considerable disadvantages (cf. *BVerfG NJW* 1982, 375, regarding lie detectors), where the party waving its rights has been misled, where he or she is not aware of the significance and scope of his/her declaration (Merten in Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, Band III, 2009, § 73 129, margin no. 38, 21; Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/2, 1994, p. 914; Lachmann, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, loc. cit., margin no. 241) or where no respective declaration of intent has been made, at least consciously (concerning this point, see FCJ, judgement of 3 April 2000 – II ZR 373/98, BGHZ 144, 146 – *Körbuch*). If the waiver of fundamental rights is part of a contractual agreement, this agreement must be considered as the decisive legal instrument for the realisation of free and independent actions in relation to others. The contractual parties themselves thereby determine how their individual interests are adequately balanced within their internal relationship. In this way, the exercise of freedom and the undertaking of mutual obligations are concretised. For this reason, the corresponding intentions of the contractual parties are therefore, as a general rule, considered proof of an adequate balancing of interests, enshrined in the contract, which in principle the state must respect (cf. *BVerfGE* 103, 89, 100; *BVerfG, NJW* 2011, 1339, margin no. 34). In case of a contractual agreement, this means that it will be generally assumed that the parties entered into the contract voluntarily.
- 55     The present case is no exception. In order to be able to participate in the speed skating world championships in Hamar (Norway) in pursuit of her profession, the Plaintiff signed the registration form provided by the Second Defendant on 2 January 2009. It has been neither established nor alleged that she was forced to do so by any unlawful threat or misrepresentation or by physical coercion. The fact as alleged by her, i.e., that she did not want the arbitration clause – that is to say, one of the terms and conditions of the contract – contained in the registration form is no proof that she did not sign the contract of her own free will. In fact, a contractual agreement presupposes a willingness on the part of the parties – in particular in cases where they represent opposing interests – to give up some of their own positions and to accept conditions that are not in accordance with their own intentions but with those of the other party. There is nothing to be said against this, as long as the contract in



- question provides an objective balancing of interests. However, in cases where one of the parties is in a position of such power that it is able to determine the terms of the contract more or less unilaterally, the other party may be said to have been coerced into agreeing to such terms. If, in such a situation, fundamental rights are affected, the rules and regulations of the respective state have to come into action in a balancing manner in order to protect these fundamental rights (BVerfGE 81, 242, 255; 89, 214, 232; 103, 89, 100 et seq.).
- 56 In the present case however, the Plaintiff's decision was imposed on her. The Second Defendant holds a monopoly on the organisation of speed skating world championships. The Plaintiff's pursuing of her profession depended on her participation in such world championships. Consequently, the Second Defendant was actually in a position to impose the terms and conditions of participation in the championships on the Plaintiff. Furthermore, in light of the obligation on the part of the Second Defendant pursuant to Art. 13.2.1 in conjunction with Art. 23.2.2 WADC of foreseeing the CAS as the court of arbitration, it may be assumed that the Plaintiff would not have been admitted for participation in the competition if she had refused to also sign the arbitration agreement.
- 57 In such cases of "heteronomy", the provisions to be applied in order to safeguard the fundamental rights include, in particular, the general clauses of civil law (sections 138, 242, 307, 315 of the German Civil Code), which also include sec. 19 of the Act against Restraints of Competition (cf. Nothdurft in Langen/Bunte loc. cit., § 19 GWB, margin no. 2). Fundamental rights must be taken into account when concretising and implementing these (BVerfGE 81, 242, 255 et seq.; 89, 214, 232 et seq.; 115, 51, 66 et seq.) and the reciprocal action of colliding fundamental rights must be taken into account and limited in such a way as to ensure that they are as effective as possible for all parties concerned (BVerfGE 89, 214, 232).
- 58 In balancing the interests of the parties pursuant to sec. 19 of the Act against Restraints of Competition, old version, particularly the fundamental rights involved, with regard to the Plaintiff it must be taken into account that, in addition to her claim to access to the courts, her fundamental right of exercising her profession freely (Art. 12 para. 1 of the German Constitution) is affected. The fundamental right to a free exercise of one's profession includes not only the right to choose and take up one's profession freely, but also the right to exercise that profession as one sees fit (cf. the fundamental considerations in BVerfGE 7, 377 et seq.). The requirement imposed by the Second Defendant, i.e., its rule that participation in competitions – which is absolutely necessary for professional athletes when exercising their profession – will not be permitted unless a registration form containing, inter alia, an arbitration clause has been signed, constitutes a restriction on the freedom to exercise one's profession. If



the Plaintiff were to refuse to comply with this requirement, e.g. because she did not want to agree to arbitration, she would be practically prevented from exercising her profession.

- 59 (2) On the other hand, the imposition of arbitration proceedings constitutes a procedural safeguard of the Second Defendant's autonomy as an association, which is equally guaranteed as a fundamental right (Art. 9 para. 1 of the German Constitution). Sports federations such as the Second Defendant promote sports in general and particularly their own sport by creating the prerequisites for organised sport. To achieve the relevant goals, it is of fundamental importance to ensure that the rules apply to all athletes and are implemented everywhere in accordance with uniform standards (Görtz, *Anti-Doping-Maßnahmen im Hochleistungssport aus rechtlicher Sicht*, 2012, p. 243). It is therefore generally recognised, particularly in the area of international sport, that arbitration agreements determining the jurisdiction of a particular court of arbitration are required to ensure a uniform procedure with regard to the implementation of the rules of sports law. Particularly in the area of doping, uniform application of the anti-doping rules of the federations and of the WADC is indispensable to ensure fair international sporting competitions for all athletes. Furthermore, a uniform court of arbitration for sport can contribute to the development of international sports law. Further advantages of an international sports arbitration, as compared to state courts, include the specialist knowledge of the arbitrators, the speed of the decision-making process, which is of paramount importance for the athlete involved in such proceedings, and the international recognition and execution of arbitral awards (cf. BT-Drucks. 18/4898, p. 38; Adolphsen in Adolphsen/Nolte/Lehner/Gerlinger, *Sportrecht in der Praxis*, 2012, margin no. 1030 et seq.; Holla, *Der Einsatz von Schiedsgerichten im organisierten Sport*, 2006, p. 30 et seq.; Heermann, *SchiedsVZ 2014*, 66, 75; Duve/Rösch, *SchiedsVZ 2014*, 216, 223 et seq. and *SchiedsVZ 2015*, 69, 77; Orth, *SpuRT 2015*, 230).
- 60 Concerning the Second Defendant, it must further be remembered that it is, in turn, obliged by Art. 13.2.1 in conjunction with Art. 23.2.2 WADC to insist on arbitration agreements designating the CAS as the court of arbitration. Due to the ratification of the International Convention against Doping in Sport of 19 October 2005 (BGBl. II 2007, p. 354) by the Federal Republic of Germany, the principles of the WADC represent contractual law which is binding under international law (cf. Görtz, *Anti-Doping-Maßnahmen im Hochleistungssport aus rechtlicher Sicht*, 2012, p. 85). Furthermore, the International Olympic Committee, in compliance with its obligation under Art. 20.1.2 WADC, makes its recognition of international sport federations dependent on their compliance with the rules laid down in the WADC.
- 61 (3) The result of the balancing of these rights and interests leads to the conclusion that the Second Defendant, with its requirement that the arbitration agreement proposed by it, be



signed, has not abused its dominant market position in the meaning of sec. 19 of the Act against Restraints of Competition, old version

62 This result is due, on the one hand, to the fact that not only the federations but also, and more particularly, the athletes benefit from the aforementioned advantages of sports arbitration, since these depend on fair conditions during competition to be able to exercise their sport (professionally, if applicable). This includes, but is not limited to, uniform application of the anti-doping rules, which, at present, can only be guaranteed by the CAS as a globally recognised court of sports arbitration. However, to ensure, on the other hand, that the Plaintiff's fundamental rights to access to justice and free exercise of her profession are protected to the greatest possible extent, the standards applied to the independence and neutrality of the CAS must not be too low. As already stated above, the list of CAS arbitrators basically contains a sufficient number of independent and neutral persons; furthermore, in particular the Second Defendant, as the opposing party in these proceedings, does not have institutional supremacy in connection with the drawing up of the list of arbitrators and the composition of the court of arbitration. Moreover, the Plaintiff was not without legal remedies if she had factual misgivings concerning the impartiality and neutrality of the arbitral tribunal. Rather, the statutes and the Procedural Rules of the CAS contain suitable regulations in case of conflict of interest. Moreover there is also the option – exercised by the Plaintiff – of having the arbitral awards of the CAS reviewed by the federal courts of Switzerland to a certain extent. According to the case law of the Swiss Federal Tribunal, this legal remedy, which resembles the German proceedings pursuant to sec. 1059 of the Code of Civil Procedure regarding reversal of an arbitral award (cf. Tyrolt, Sportschiedsgerichtsbarkeit und zwingendes staatliches Recht, 2007, p. 104), cannot be excluded in the arbitration agreement (Swiss Federal Tribunal, judgement of 22 March 2007 – 4P.172/2006, SchiedsVZ 2007, 330, 332 et seq. - Cañas). There is no further reaching right for a decision particularly by a German state court. Rather, the German legal system recognises both foreign judgements and foreign arbitral awards if the relevant requirements have been fulfilled (sec. 328 of the Code of Civil Procedure and/or Art. V of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 (New York Convention)).

63 Furthermore the legislative intent of facilitating the valid conclusion of an arbitration agreement in cases like the present must be taken into account. Sec. 1025 para. 2 of the Code of Civil Procedure, in its version applicable up to 31 December 1997, provided that an arbitration agreement will be invalid if either party has used its commercially or socially dominant position to coerce the other party into signing the agreement or into accepting terms and conditions that generally grant it a predominant position vis-a-vis the other party during the proceedings and particularly with regard to the appointment or rejection of arbitrators. The legislative authorities



deleted this provision, since they considered that the legal consequence of an invalidity of the arbitration agreement in case of exploitation of the commercial or social dominance of a party was too far-reaching in view of the equivalence of legal protection in arbitration proceedings (BT-Drucks. 13/5274, p. 34). This assessment is confirmed in sec. 11 of the Law Against Doping in Sports enacted on 10 December 2015 ( BGBl. I 2015, p. 2210), which also provides the possibility of an arbitration agreement in cases like the present. In the explanatory memorandum of this law (BT-Drucks. 18/4898, p. 38 et seq.), it is made clear that arbitration agreements pre-formulated by the sports federations are not, in the opinion of the legislative authorities, invalid because they have been signed involuntarily.

Furthermore, Germany has ratified the International Convention against Doping in Sport of 19 October 2005 (BGBl. II 2007, p. 354), which in its Art. 4 para. 1 refers to the rules of the WADC and imposes an obligation on the signatory states to comply with these rules. And, as already stated above, Art. 13.2.1 in conjunction with Art. 23.2.2 WADC provide for arbitration clauses that designate the CAS as the relevant court of arbitration.

64 cc) An arbitration agreement naming the CAS as the relevant court of arbitration does not violate the rights of the Plaintiff in the light of Art. 6 ECHR, either.

65 Art. 6 para. 1 ECHR provides that, with respect to civil law claims, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. However, like the claim of access to the courts established by the German Constitution, this right of access to ordinary courts may also be waived. In particular, the jurisdiction of ordinary courts may be excluded in arbitration agreements if the arbitration agreement has been entered into voluntarily, is lawful and clearly worded, if further the arbitration procedure has been designed in accordance with the guarantees given in Art. 6 ECHR and if the arbitral awards can be set aside by a court of law in case of procedural errors (European Court of Human Rights (ECHR), judgement of 28 October 2010 – 1643/06, margin no. 48 – Suda ./, République Tchèque; Meyer in Karpenstein/Mayer, EMRK, 2<sup>nd</sup> ed., Art. 6, margin no. 59). According to the statements set out above under bb), these requirements have been fulfilled. According to the case law of the European Court of Human Rights, the fact that the Plaintiff is obliged, to be able to exercise her profession, to sign the registration form imposed by the Second Defendant does not mean that the arbitration agreement has not been voluntarily signed and therefore infringes the Convention (cf. EKMR, Judgement of 5 March 1962 – 1197/61, X ./, Federal Republic of Germany; Matscher in Festschrift Nagel, 1987, p. 227, 238; for a similar conclusion, see Pfeiffer, SchiedsVZ 2014, 161, 165; for a different opinion, see Heermann, SchiedsVZ 2015, 78, 80 et seq.; undecided: Niedermair, SchiedsVZ 2014, 280, 283).





66 dd) The prohibition of abuse under anti-trust law pursuant to Art. 102 TFEU offers no basis for the assumption that the arbitration agreement between the parties is invalid, either. As in the case of sec. 19 of the Act against Restraints of Competition, a balancing of interests shows that the Second Defendant has not abusively exploited its dominant position in the market.

67 ee) Finally, an invalidity of the arbitration agreement cannot be based on Swiss law, either.

68 (1) With the exception of several provisions that cannot be waived by contractual agreement within the meaning of Art. 34 of the Introductory Law to the German Civil Code, old version, such as, for instance, provisions of anti-trust law, the validity of the arbitration agreement must be assessed in accordance with Swiss substantive law. As already stated above, the substantive law applicable to the arbitration agreement must be determined in accordance with Art. 27 et seq. of the Introductory Law to the German Civil Code, old version. Since the parties failed to include an express choice of law clause, the agreement is subject, pursuant to Art. 28 para. 1 sentence 1 of the Introductory Law to the German Civil Code, old version, to the law of the state to which it is most closely linked. According to Art. 28 para. 2 sentence 1 of the Introductory Law to the German Civil Code, old version, it must be assumed that the agreement is most closely linked with the state in which the party expected to provide the characteristic performance has its official residence or, in the case of a company, an association or a legal entity, its head offices, on the date on which the agreement was signed. In the case of arbitration agreements, the place of arbitration is seen as a major connecting link for determining the state with which the agreement has the closest connection (MünchKomm-ZPO-Münch, 4<sup>th</sup> ed., § 1029, margin no. 37; Tyrolt, Sportschiedsgerichtsbarkeit und zwingendes staatliches Recht, 2007, p. 43, fn. 90; for a similar conclusion, see Heermann, SchiedsVZ 2015, 78, 83; Pfeiffer, SchiedsVZ 2014, and hundred 61, 163; for different opinion concerning the connecting link, but similar conclusion, see Zöller/Geimer, ZPO, 31<sup>st</sup> ed., § 1029, margin no. 15, 107 et seq.; Tyrolt, loc. cit., p. 43; Bergermann, Doping und Zivilrecht, 2002, p. 272; Voit in Musielak/Voit, ZPO, 13<sup>th</sup> ed., Art. 1029, margin no. 28; Schlosser in Stein/Jonas, ZPO, 22<sup>nd</sup> ed., sec. 1025, margin no. 9 and § 1029, margin no. 108).

69 (2) Contrary to the assumption of the Regional Court [*Landgericht*], the arbitration agreement is not invalid under Swiss law because the Plaintiff was practically obliged into signing it since she would otherwise have been unable to exercise her profession.

70 Foreign law must be applied by German courts in the same way as the courts of the foreign country in question interpret and apply it (FCJ, judgement of 14 January 2014 – II ZR 192/13, NJW 2014, 1244, margin no. 15). The case law of the Swiss Federal Tribunal on the question of “involuntary signing” of arbitration agreements in favour of the CAS which are imposed on



professional athletes by the sports federations shows that although a professional athlete will only sign the arbitration agreement under duress because he knows that he will not be able to exercise his profession otherwise, the arbitration agreement will still be valid (Swiss Federal Tribunal, judgement of 22 March 2007 – 4P.172/2006, SchiedsVZ 2007, 330, 332 et seq. - Cañas). Concerning this point, the Swiss Federal Tribunal states that a waiver of legal remedies in relation to arbitral awards declared in advance is invalid, because it is not to be expected, in view of the structural imbalance, that the athlete would have voluntarily waived any legal remedies at his disposal. Insofar there is a contradiction between the treatment of the arbitration agreement and of the waiver of legal remedies, at least in theory. However, this is justified in view of the speedy resolution of disputes by specialised arbitration panels hedged about with sufficient guarantees of independence and impartiality. The “favourable” treatment of the question of voluntary conclusion of the arbitration agreement is balanced by the fact that legal remedies will not be considered to have been waived. Consequently, the present arbitration agreement between the parties, which does not exclude the right to appeal to the Swiss courts of law, is also valid under Swiss law.

71 III. The decision as to costs is based on sec. 97 para. 1 of the Code of Civil Procedure.

Limperg

Meier-Beck

Raum

Strohn

Deichfuß

Lower courts:

Regional Court of Munich I, decision of 26 February 2014 – 37 O 28331/12 –

Higher Regional Court of Munich, decision of 15 January 2015 – U 1110/14 Kart –



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## **Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos**

(Multi-door Justice and Appropriate Constitutional Protection:  
Consensual Solutions in Collective Rights)

***Fredie Didier Jr.***

Professor at the Federal University of Bahia, Brazil. Doctor, Post-Doc (University of Lisbon) and Habilitation Professorship (University of São Paulo)

and

***Hermes Zaneti Jr.***

Professor of Civil Procedural Law at the Federal University of Espírito Santo, Brazil. Doctor (Università di Roma Tre, Italy), Post-Doc (University of Turin, Italy).

**Resumo:** O texto trata da justiça multiportas no processo coletivo. Aponta a necessidade de rever algumas premissas, não se trata mais de meios “alternativos”, mas de meios “adequados” à tutela dos direitos. Para tanto pretende propor a alteração da concepção de indisponibilidade dos direitos de interesse público. A indisponibilidade não pode atentar contra a efetividade da tutela. Propõe ainda alterar a visão sobre a confidencialidade nas soluções consensuais, apontando a necessidade da intervenção do juiz, da ampliação da participação (audiência públicas e *amicus curiae*) e da transparência das negociações e do seu resultado. A produção de prova suficiente para autorizar a autocomposição é pressuposto para a validade do acordo face



à necessidade de decisão informada. Defende, a adequação à tutela dos direitos como filtro constitucional da admissibilidade dos meios de solução consensual dos conflitos coletivos.

**Palavras chave:** Justiça consensual – Multi-door Justice – Indisponibilidade do interesse público – Adequação.

**Abstract:** The text deals with the multi-door justice for class actions in Brazil. Points out the need to revise certain assumptions, this justice is no longer "alternative", but "appropriate" to the protection of rights. For both intend to propose an amendment in the conception of unavailability of public interest. Unavailability cannot affect the effectiveness of the protection of rights. It also proposes to amend the confidentiality in the consensual solutions, pointing out the need for the intervention of a judge, on the judicial process, the expansion of participation (public hearing and *amicus curiae*) and the transparency of the negotiations and their outcome. The production of sufficient proof to authorize consensual solutions is a prerequisite for the validity of the agreement in view of the need for informed decision. Advocates, that the protection of constitutional rights needs an adequacy filter of admissibility when regards the consensual solution of collective conflicts.

**Keywords:** Consensual justice – Multi-door Justice – Unavailability of public interest – Adequacy.

**Sumário:** 1. Generalidades. Justiça Multiportas (Multi-door Justice) como justiça constitucionalmente adequada. 2. Da alternatividade à adequação. 3. Da possibilidade de transação nos processos coletivos e da impossibilidade de renúncia ao direito em que se funda a ação coletiva. 4. O compromisso de ajustamento de conduta: extrajudicial e judicial. 4.1. Generalidades. 4.2. Órgãos públicos legitimados: Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública (legitimados para o compromisso extrajudicial ou judicial) e os demais colegitimados (legitimados para o compromisso judicial). 4.3. A concreção de direitos e deveres



a partir dos compromissos de ajustamento de conduta. 4.4. A utilização da produção antecipada de provas como instrumento que estimula a autocomposição. 5. Audiência preliminar de mediação ou conciliação (art. 334, CPC). 6. Negócios jurídicos processuais coletivos. 7. A autocomposição em ação de improbidade administrativa. 7.1. A revogação do art. 17, §1º, Lei n. 8.429/1992. A necessária interpretação histórica. A colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos processuais atípicos no processo de improbidade administrativa. 7.2. A autocomposição e o pedido de ressarcimento ao erário. 8. Controle da autocomposição pelo juiz. O dever de controle do mérito do acordo e da legitimação adequada. 9. Limites à autocomposição nos processos coletivos. 10. Outras ponderações contra o acordo judicial: fiscalização do desequilíbrio econômico e de informações entre as partes. 11. O princípio da primazia do julgamento de mérito, tutela integral do direito, disparidade econômica e a necessidade de produção de prova adequada para a conciliação ou mediação: coisa julgada *rebus sic stantibus*. 12. A possibilidade de impugnação pelos colegitimados por meio do recurso de terceiro interessado e outras ações de impugnação autônomas. 13. Conclusões. Referências Bibliográficas.

## 1. Generalidades. Justiça Multiportas (Multi-door Justice) como justiça adequada.

O processo civil está passando por uma radical transformação.

A justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, não é mais o único meio adequado para a solução de conflitos. Ao lado desta justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça multiportas.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> A experiência da *Multi-door Courthouse* foi sugerida em 1976 por Frank Sander, Professor Emérito da *Harvard Law School*, cf. SANDERS, Frank. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul: West Pub., 1979, já citado por VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. In: *Revista de Processo*. v. 251, ano 41. São Paulo: Ed RT, jan. 2016, p. 391-426. Vale lembrar, como fez Eduardo Oteiza, que a origem do discurso norte americano sobre os meios alternativos para solução dos problemas judiciários já se encontrava em POUND, Roscoe. *The causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice*. Disponível em: <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>. Acesso em: 22.03.2016, apresentado na Annual Convention of the American Bar Association, em 1906. Cf., ainda, OTEIZA, Eduardo. *Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latino americano. Texto de la conferencia dictada em el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal sobre Modos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad París 1*,



Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio, extrema ratio*.<sup>2</sup> Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição<sup>3</sup>, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo.

A doutrina reafirma esta mudança, que significa, além da necessidade de adequação da justiça, a emergência da atipicidade dos meios de solução de conflitos: “o direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contato ou sem passagem pelos tribunais [...] Agora, o direito de acesso aos tribunais é um direito de retaguarda, sendo seu exercício legítimo antecedido de uma série de filtros”.<sup>4</sup>

A busca pela tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, exige a adequação do acesso à tutela, ocorrendo uma passagem necessária da justiça estatal imperativa, com a

---

*Sorbonne, 21/25-9-2005*. Disponível em: [www.academia.edu](http://www.academia.edu). Acesso em: 10.03.2016, ítem 3. Sobre a influência da cultura no processo, em especial no que diz respeito aos sistemas de resolução de conflitos afirma a doutrina: “sistemas de resolução de disputas não existem na natureza – eles são criados pelo ser humano e possuem especificidade cultural [...] o processo é uma das mais importantes instituições através das quais a construção da vida social se opera.” CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual: Sistemas de Resolução de Conflitos no Contexto da Cultura Comparada*. Trad.: Sérgio Arenhart; Gustavo Osa. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 191.

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante o procedimento comum*. Volume 2. São Paulo: RT, 2015, p. 173; ANDREWS, Neil. In.: VARRANO, Vincenzo (a cura di). *L’Altra Giustizia: I Metodi di Soluzioni delle Controversie nel Diritto Comparato*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 17-18. O caráter residual da justiça comum é comprovado pela experiência dos Estados Unidos e da Inglaterra. Citado por Andrews, os *Practice Directions – Protocols* afirmam “o processo jurisdicional deve ser a *extrema ratio*, e... as demandas judiciais não devem ser promovidas prematuramente, quando é ainda provável uma transação”.

<sup>3</sup> A ideia de adequar o acesso à justiça aos direitos é defendida internacionalmente. A justiça não-estatal não é apenas alternativa, mas, em determinados casos, é a justiça mais adequada. O princípio que faculta essa possibilidade é justamente o princípio da adequação. Na doutrina, defendendo o princípio da adequação e apontando inclusive algumas das principais críticas ao sistema multiportas, em especial, as dificuldades culturais dos operadores brasileiros, a necessidade de qualificar e preparar os profissionais para o exercício da mediação e da conciliação, a criação de centros para as sessões de mediação e audiências de conciliação, etc., cf.: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, vol. 195, ano 36. São Paulo: RT, maio, 2011, p. 187-208; NETO, João Luiz Lessa. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. In: *Revista de Processo*, vol. 244, ano 40. São Paulo: RT, jun. 2015, p. 427-441.

<sup>4</sup> COSTA E SILVA, Paula. *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p. 19-21. Sobre o princípio da atipicidade, idem, p. 24.



aplicação do Direito objetivo como única finalidade do modelo de justiça, para a aplicação da justiça coexistencial, uma *mending justice* (uma justiça capaz de remendar o tecido social), focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas, na condição de indivíduos, comunidade ou grupos envolvidos.<sup>5</sup>

## 2. Da alternatividade à adequação.

O que importa atualmente, como visto, não é mais o selo da “alternatividade”, de todo duvidosa, aposto à conciliação ou à mediação.

Primeiramente, é preciso respeitar a escolha dos interessados e garantir que ela seja feita em igualdade de condições (princípios da autonomia da vontade e da decisão informada, previstos no art. 166 do CPC).

Depois, é preciso considerar a “adequação” do meio – e a sua “alternatividade”.<sup>6</sup> Aos olhos do CPC não há superioridade da justiça estatal em relação aos demais meios de solução de controvérsias.

Como afirmou a doutrina: “a única relação que, num Estado de Direito, pode legitimamente existir é uma relação de adequação. A mediação e a conciliação serão modos legítimos de resolução de conflitos se forem os modos adequados de resolução desses conflitos. Esta observação não é inconsequente, pois ela repercute efeitos sobre a compatibilidade constitucional de soluções que impliquem a criação de entraves processuais ou desvantagens patrimoniais no acesso aos tribunais.”<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Notas sobre conciliadores e conciliação. Trad. Hermes Zaneti Jr. In.: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Trad. Hermes Zaneti Jr. Vol. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 183-200.

<sup>6</sup> O CPC trata a adequação e a flexibilidade dos procedimentos como uma das suas premissas para atingir o objetivo da tutela adequada e efetiva. Ao contrário do CPC-1973, no qual o processo e o procedimento eram considerados normas de ordem pública, de caráter cogente e inderrogável pelas partes e pelo juiz, o que acarretava uma série de nulidades absolutas por inversão ou alteração procedimental, o CPC atual permite às partes e ao juiz estabelecerem o procedimento que mais se ajuste à solução do litígio, sendo controlada a escolha pela sua capacidade de prover na adequada solução, critério material de adequação ao direito tutelado, e não por um critério formal de adequação.

<sup>7</sup> COSTA E SILVA, Paula. *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, p. 35.



Esse movimento ocorreu no âmbito da tutela dos direitos individuais; assim, pergunta-se: podemos negar este processo de evolução dos mecanismos de prestação jurisdicional na justiça coletiva? No processo coletivo não é nem poderia ser diferente. Embora cuide de direitos indisponíveis, cabe autocomposição em causas coletivas, não há dúvida.

Recentemente, como veremos a seguir, alterações legislativas no Direito brasileiro reforçaram a previsão já existente na ação civil pública, que era a regra geral na matéria (art. 5º, § 6º, Lei n. 7.347/1985).

### **3. Da possibilidade de transação nos processos coletivos e da impossibilidade de renúncia ao direito em que se funda a ação coletiva.**

Não é possível haver renúncia ao direito sobre o que se funda a ação coletiva, que não é de titularidade do legitimado extraordinário coletivo, mas do grupo; é possível, porém, cogitar o reconhecimento da procedência do pedido, por se tratar de benefício para o grupo – salvo em casos de situações jurídicas coletivas passivas, em que a tônica da indisponibilidade se mantém, pois interesses do grupo estarão no polo passivo do processo.

Em razão disso, não se pode negar que hoje, no Brasil, a espécie mais comum de autocomposição no processo coletivo é a transação, não obstante a regra do art. 841 do Código Civil.<sup>8</sup>

Veja, inclusive, que, no caso de processo duplamente coletivo, somente será admissível a transação como meio de autocomposição. Pois há grupos em ambos os polos, representados por substitutos processuais.

Assim, o que determina ou não a possibilidade de renúncia do direito é o fato de ele se tratar de um direito do grupo ou de um direito individual. Os direitos do grupo são tutelados

---

<sup>8</sup> Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação (Código Civil Brasileiro, 2002). Neste sentido, justamente pelo caráter indisponível e não-patrimonial, importante doutrina se posicionou restritivamente às transações em direitos coletivos e com importantes considerações gerais sobre as alternativas à jurisdição, cf.: TARUFFO, Michele. *Un'Alternativa alle Alternative: Modelli di Risoluzione dei Conflitti*. In: *Revista Argumenta Journal Law*, n. 7, 2007.





em juízo pelos colegitimados, sendo indisponíveis para os colegitimados, daí não se admitir a sua renúncia – os colegitimados não possuem legitimação extraordinária material.

Porém, por se tratar de legitimado por substituição processual, a transação terá limites mais rigorosos, por não serem eles os próprios titulares do direito que veiculam a ação.<sup>9</sup>

Com estas observações podemos afirmar que é possível aplicar, então, por analogia, o regramento da transação aos chamados direitos coletivos (*lato sensu*), basicamente, mas não só, pelas seguintes razões, enumeradas pela doutrina: *a)* no momento em que se reconhece constitucionalmente a tutela dos direitos coletivos, não se pode impedir a efetivação deles, cerceando a atuação de quem por eles compete lutar, especialmente se a transação se mostrar o meio mais adequado; *b)* a indisponibilidade não será afetada, na medida em que visa, com a transação, a sua maior efetivação;<sup>10</sup> *c)* a efetivação dos direitos exige sua concretização.<sup>11</sup>

#### 4. O compromisso de ajustamento de conduta: extrajudicial e judicial.

##### 4.1. Generalidades.

A Lei de Ação Civil Pública (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985), modificada pelo Código de Defesa do Consumidor, instituiu o chamado compromisso de ajustamento de conduta, negócio jurídico extrajudicial com força de título executivo, celebrado por escrito entre os

<sup>9</sup> Compreendeu o ponto: GRAVONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In.: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Repercussões no Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 350-351.

<sup>10</sup> PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. “Transação no curso da ação civil pública”. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 16, p. 124-125. Como afirma Ana Luíza Nery: “a indisponibilidade dos direitos não é conceito absoluto, e sim relativo, permitindo que direitos transindividuais possam ser objeto de transação pelos legitimados para sua defesa”. (NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 151.) E arremata: “a negociação da melhor solução por meio do ajustamento é apenas o meio mais rápido e distante de demandas improficuas e perenizadas, muitas vezes com resultados inferiores, o que semeia uma justiça desmoralizada”. (idem., p. 155).

<sup>11</sup> O tema é debatido a muito tempo pela doutrina que lida com a metodologia jurídica, com a teoria do direito e com o direito constitucional, mas basta, aqui, para reforçar esta imperatividade da tutela dos direitos, em especial dos direitos complexos, citar os trabalhos de Alexandre Gravonski. Cf.: GRAVONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: RT, 2011, esp. p. 116-184; GRAVONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In.: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 333-362.



órgãos públicos legitimados à proteção dos interesses tutelados pela lei e os futuros réus dessas respectivas ações.

Trata-se de modalidade específica de transação, para uns, ou de verdadeiro negócio jurídico, para outros.<sup>12</sup> Quer se adote esta ou aquela concepção, o certo é que se trata de modalidade de acordo, com nítida finalidade conciliatória.

A autocomposição é alcançada no mais das vezes pela negociação direta<sup>13</sup> entre o órgão público e o possível réu de ação coletiva.

A partir dos Pactos Republicanos pela justiça, frutos de uma estratégia internacional para a América Latina,<sup>14</sup> uma série de medidas foram adotadas no Brasil para disciplinar a transação, inclusive nos processos coletivos.

A Resolução n. 02 de 21.06.2011, medida conjunta dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, determina a criação de um cadastro nacional com informações sobre ações coletivas, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta firmados pelo Ministério Público. A Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e a Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público tratam da mediação, conciliação, negociação e outras formas de conciliação.

Pelo compromisso de ajustamento de conduta, não se pode dispensar a satisfação do direito transindividual ofendido; não cabe a renúncia, mas, tão-somente, a regulação do modo

---

<sup>12</sup> Sobre o assunto, entendendo tratar-se de negócio jurídico bilateral: RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 97-240; NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 156.

<sup>13</sup> Sobre a negociação direta conferir: CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”*. In.: ZANETI JR., Hermes; XAVIER, Tricia Navarro. *Justiça Multiportas*. (Coletânea Internacional. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. Geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Jus Podivm, 2016.

<sup>14</sup> OTEIZA, Eduardo. *Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latino americano. Texto de la conferencia dictada em el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal sobre Modos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad París 1, Sorbonne, 21/25-9-2005*, [www.academia.edu](http://www.academia.edu), acesso em 10.03.2016.



como se deverá proceder à reparação dos prejuízos, à concretizar dos elementos normativos para a efetivação do direito coletivo.<sup>15</sup>

Isso não quer dizer que o “espaço de negociação” seja pequeno. Como afirma Ana Luíza de Andrade Nery, “o espaço transacional possível no compromisso de ajustamento de conduta não se refere a aspectos meramente formais do negócio (...) As partes poderão entabular, no compromisso, direitos e obrigações para ambas as partes, que lhe confirmam caráter de máxima eficiência para os fins pretendidos pelos celebrantes. Assim, poderão ser previstas obrigações a serem cumpridas tanto pelo particular como pela entidade pública que celebra o ajustamento”<sup>16</sup>.

A lição é correta é importantíssima. A autora dá excelente exemplo: imagine-se que, no compromisso, se ajuste um tempo maior para que o particular se adapte à exigência legal; nesse caso, se o ente público ajuizar ação civil pública, violando a cláusula em que se comprometia a esperar a adequação do particular, “evidentemente o ajuste será o fundamento da defesa judicial a ser apresentada pelo particular, que alegará, ainda, a violação ao dever legal de boa-fé, incidindo na conduta proibitiva do *venire contra factum proprium* por parte da Administração Pública”<sup>17</sup>. Rigorosamente, nem há necessidade de alegar o *venire contra factum proprium*; a situação é mais simples: trata-se de inadimplemento do compromisso.

Enfim, o compromisso de ajustamento de conduta não pode ser compreendido como mera anuência, submissão ou concordância plena pelo administrado aos termos propostos pelo legitimado coletivo<sup>18</sup>.

A partir da previsão normativa que autoriza o ajustamento extrajudicial da conduta, as partes litigantes podem firmar acordos em demandas coletivas, de modo que se ponha fim ao processo com resolução do mérito (art. 487, III, “b”, CPC).<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> “De conseguinte, o compromisso tem que ser um meio através do qual se possa alcançar, pelo menos, tudo aquilo que seja possível obter em sede de eventual julgamento de procedência em ação judicial relacionada àquela conduta específica” (RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, cit., p. 175).

<sup>16</sup> NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 198.

<sup>17</sup> NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 198-199.

<sup>18</sup> NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 142-143.



Sobre o assunto, com precisão, Geisa de Assis Rodrigues, comparando a autocomposição judicial, nestas situações, com o compromisso de ajustamento de conduta previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985:<sup>20</sup>

“A conciliação judicial tem as mesmas limitações que o compromisso de ajuste de conduta. (...) Portanto, é cabível falar em ajuste de conduta judicial e extrajudicial, posto que mesmo se tratando de questão posta em juízo não há possibilidade de transigir sobre o objeto do direito, apenas sendo admissível a definição de prazos, condições, lugar e forma de cumprimento, ainda que se utilize o termo de transação”.<sup>21</sup>

Geisa Rodrigues aponta as distinções entre o ajustamento de conduta judicial e o extrajudicial: a) a legitimidade para o ajuste judicial é mais ampla do que o extrajudicial, restrito aos órgãos públicos;<sup>22</sup> b) as implicações processuais que surgem do acordo judicial (extinção, com conseqüente produção da coisa julgada, ou suspensão do feito até o efetivo cumprimento do ajuste), estranhas ao extrajudicial; c) a formação, pelo acordo judicial, de título executivo judicial, enquanto o outro é extrajudicial.<sup>23</sup> De todo modo, o compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial pode ser levado à homologação judicial (art. 515, III, CPC)<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Sobre a possibilidade de acordo em demandas coletivas, apenas para ilustrar: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 225-238; PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. *A transação no curso da ação civil pública*, cit., p. 116-128.

<sup>20</sup> § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

<sup>21</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, cit., p. 234.

<sup>22</sup> Discorda, no particular, José Marcelo Vigliar, para quem há também limitação da legitimidade aos órgãos públicos para a conciliação judicial (VIGLIAR, José Marcelo. *Ação civil pública*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 90). Não vemos como possa vingar essa limitação, já que judicialmente haverá, no mínimo, a participação do Ministério Público como *custos legis*.

<sup>23</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, cit., p. 332-6.

<sup>24</sup> NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 277.



É importante, registrar, que a legitimidade para a celebração do acordo (judicial ou extrajudicial) se submete às mesmas exigências de “representatividade adequada” para a caracterização da legitimidade *ad causam*<sup>25</sup>. Além disto, está submetida ao mesmo controle judicial de adequação em razão do objeto, além da possibilidade de impugnação, como se verá adiante.

Há julgado que esclarece muito bem a importância de permitir a transação em direitos difusos relacionados ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, desde que controlada pelo juízo e pela presença do interesse público primário e não só e exclusivamente pelo Ministério Público (STJ, 2ª T., REsp nº 299.400/RJ, rel. Min. Peçanha Martins, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, j. em 01.06.2006, publicado no DJ de 02.08.2006, p. 229), cuja ementa se transcreve e cujo conteúdo deve ser lido pelo estudioso, em razão da bela polêmica travada:

“PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUCTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra”.

Assim, em casos especiais, a regra geral pode ceder à realidade e, mediante controle do juiz e do Ministério Público, ser possível transacionar para atender a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, de forma a propiciar o “equivalente” à efetivação da tutela específica,<sup>26</sup> bem como, a tutela que tenha por objeto a prestação pecuniária.

<sup>25</sup> NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 201-202.

<sup>26</sup> Questão preocupante nos acordos em causas coletivas diz respeito à eficácia *erga omnes* da coisa julgada surgida com a homologação judicial do acordo. Como é cediço, o regime de produção da coisa julgada nas demandas coletivas é distinto do regramento comum; a eficácia subjetiva da coisa julgada é um dos pontos distintivos determinantes. Assim, havendo homologação de acordo judicial em causa coletiva, haverá produção da coisa julgada *erga omnes*, impedindo a repositura da demanda por qualquer dos colegitimados, inclusive por aqueles que não participaram da celebração do negócio jurídico. O acordo firmado não produz efeitos



#### **4.2. Órgãos públicos legitimados: Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública (legitimados para o compromisso extrajudicial ou judicial) e os demais colegitimados (legitimados para o compromisso judicial).**

O § 6º, do art. 5º, da Lei n. 7.347/1985, determina que qualquer dos *órgãos públicos legitimados* poderá tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais.

Apresentam-se três conclusões: 1) apenas os órgãos públicos poderão firmar o compromisso de ajustamento de conduta; 2) o Ministério Público não é o único órgão público que poderá firmá-lo; 3) não há disponibilidade sobre o objeto, sendo que o compromisso deverá estar estritamente vinculado às exigências normativas, incluindo os precedentes, e aos padrões da Dogmática Jurídica.

O Conselho Nacional do Ministério Público acrescentou a expressão exigências normativas (abrindo o sistema), acrescentando ainda a possibilidade de compensação ou indenização para os danos em que não for possível a tutela específica (art. 14 da Res. nº 23 do CNMP).

Não se pode esquecer que o art. 784, IV, CPC, reconheceu o caráter de título executivo extrajudicial também às transações referendadas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores (válido para os processos

---

apenas em relação aos acordantes, pois o seu objeto é direito transindividual. Essas circunstâncias fazem com que admitamos a possibilidade de o *terceiro colegitimado ingressar com um recurso*, com vistas a questionar a homologação do acordo, postulando, assim, o prosseguimento do feito em direção à heterocomposição. Caso não se permita essa impugnação recursal do terceiro, estará sendo vedado o acesso do colegitimado ao Judiciário, pois, com a coisa julgada, nenhum juízo poderá reapreciar a causa – esse ponto também é fundamental, pois, nos litígios individuais, a coisa julgada surgida da homologação da transação não afeta o terceiro. Só lhe restaria a ação rescisória. Concordamos, pois, com as conclusões de Geisa de Assis Rodrigues: “A discordância dos demais colegitimados deve ser feita através da utilização dos mecanismos de revisão da decisão judicial, ou seja: recursos cabíveis ou ações autônomas de impugnação, dependendo do caso concreto. *A decisão homologando o ajuste formulado em juízo é uma decisão de mérito, e portanto, poderá ser acobertada pela intangibilidade panprocessual da coisa julgada material*” (RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, cit., p. 237; também admitindo o questionamento do acordo pelo colegitimado: VIGLIAR, José Marcelo. *Ação civil pública*, cit., p. 90).



coletivos apenas em se tratando de direitos disponíveis) ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal.

A Defensoria Pública pode celebrar compromisso de ajustamento de conduta, já que é um “órgão público” (art. 5º, § 6º, Lei n. 7.347/1985).

Por outro lado, não há nenhuma limitação quanto aos colegitimados em se tratando de transação efetuada em juízo. Uma especial razão para isto é a presença, em todas as ações coletivas, do Ministério Público como fiscal do ordenamento jurídico; outra razão é a presença do juiz, como fiscal do acordo a ser homologado.

#### **4.3. A concreção de direitos e deveres a partir dos compromissos de ajustamento de conduta.**

Há, ainda, a possibilidade de concreção de direitos a partir do compromisso firmado.

O dogma da vinculação estrita do Direito à lei cede espaço à noção contemporânea de juridicidade, ou seja, a ideia de vinculação dos aplicadores do direito ao sentido da norma constitucional e infraconstitucional em conformidade à unidade narrativa da Constituição.<sup>27</sup>

No atual estado do nosso ordenamento jurídico, na presença de normas porosas, de tessitura aberta, na forma de pautas carentes de preenchimento, tais como os conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais (enunciados normativos) e os princípios (norma jurídica), é natural que existam graus de interesse público e uma disponibilidade motivada daí decorrente na determinação dos deveres descritos nas normas jurídicas. Além disto, a maior participação dos grupos poderá influenciar na concretização da norma (e.g. audiências públicas e *amicus curiae*, não por acaso ambos previstos no CPC).<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 15, nota 1.

<sup>28</sup> A relação entre a participação democrática no processo, contraditório, as audiências públicas e o *amicus curiae* está marcada claramente nos enunciados do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis): “IV FPPC-BH Enunciado nº 250 - (art. 138; art. 15). Admite-se a intervenção do *amicus curiae* nas causas trabalhistas, na forma do art. 138, sempre que o juiz ou relator vislumbrar a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão geral da controvérsia, a fim de obter uma decisão respaldada na pluralidade do debate



No compromisso de ajustamento de conduta, deve o órgão legitimado a celebrá-lo proceder a uma aplicação não jurisdicional do princípio da unidade narrativa da Constituição; assim, se devem evitar compromissos que não atendam à finalidade da ordenamento jurídico.

Note, contudo, que ao firmar um compromisso de ajustamento de conduta, mesmo quando a lei não tenha previsto o regramento específico para o caso, o órgão legitimado não tem o poder de dispor do direito material coletivo; por isso, o órgão vincula-se aos precedentes nos casos análogos e aos detalhes próprios do caso concreto e aos padrões da Dogmática Jurídica, para concretizar o direito coletivo. Isto porque, nos modelos abertos de aplicação do direito, a dogmática se amplia para além da lei, incluindo os precedentes e o trabalho da doutrina em uma compreensão hermenêutica do problema jurídico enfrentado.<sup>29</sup>

Por esta razão, acertada a ampliação do texto do art. 14 da Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Ministério Público, para incluir, na definição do “ajustamento da conduta”, além das exigências legais, outras exigências normativas, incluindo-se as resoluções e decretos, bem como a interpretação dada pelos órgãos competentes às cláusulas gerais de tutela dos direitos coletivos lato sensu;

Art. 14 da Res. nº 23 do CNMP: “O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e,

---

*e, portanto, mais democrática. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho)”; “V FPPC-Vitória Enunciado nº 460. (arts. 927, §1º, 138) O microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de amicus curiae. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)”; “V FPPC-Vitória Enunciado nº 393. (arts. 138, 926, §1º, e 927, §2º) É cabível a intervenção de amicus curiae no procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciados de súmula pelos tribunais. (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros)”; “IV FPPC-BH Enunciado nº 175 - (art. 927, § 2º) O relator deverá fundamentar a decisão que inadmitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades e deverá justificar a não realização de audiências públicas. (Grupo: Precedentes).”.*

<sup>29</sup> ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. São Paulo: Atlas, 2014; ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.





ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados”.

É fundamental repisar o que se tem dito alhures: é preciso compreender que o Direito não se resume à lei. A passagem “da lei para o ordenamento jurídico” também ocorreu no CPC/2015. Basta observar que o CPC, nos arts. 8º, 140 e 178, não fala em mais em lei, aplicação da lei, ou em fiscal da lei, como referia o CPC/1973 (art. 5º, LINDB, art. 126 e art. 82, CPC/1973); mas, em todos casos, seja na interpretação do direito (art. 8º), seja na aplicação (art. 140), seja na atuação do Ministério Público como interveniente, o legislador processual contemporâneo refere ao “ordenamento jurídico”.

Esta mudança não é pequena nem se deu por acaso; ela segue a linha da constitucionalização do processo, pois, já no art. 1º, o CPC afirma que será interpretado e aplicado segundo os valores e normas previstos na Constituição.

#### **4.4. A utilização da produção antecipada de provas como instrumento que estimula a autocomposição.**

A produção antecipada de provas foi reconstruída no CPC. A partir de agora, a produção de prova poderá ser utilizada de modo a servir como importante instrumento para a obtenção de autocomposição (art. 381, II e III, CPC).

O novo CPC prevê dois novos fundamentos para a ação de produção antecipada de prova. O CPC ampliou a autonomia do direito à produção da prova, de modo a permitir ação probatória autônoma em situações que não pressuponham urgência<sup>30</sup>, deixando claro o seu cabimento para o caso de a prova a ser produzida servir para a autocomposição ou outro meio adequado de solução do conflito ou quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação (art. 381, II e III, CPC).

---

<sup>30</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.



Claramente a ampliação das hipóteses de produção antecipada de prova serve ao propósito da tutela adequada, tempestiva e efetiva dos direitos. Com as informações sobre a causa, ficará muito mais simples para as partes alcançarem um acordo qualificado, afastando uma das críticas aos acordos que é a desproporcionalidade entre a informação das partes envolvidas. Ao mesmo tempo, isso atende ao princípio da “decisão informada”, também previsto no art. 166, *caput*, do CPC.

A autonomia do processo de produção antecipada de prova dispensa, inclusive, a propositura de futura demanda com base na prova que se produziu. A produção da prova pode servir, aliás, exatamente como *contra-estímulo* ao ajuizamento de outra ação; o sujeito percebe que não tem lastro probatório mínimo para isso; nesse sentido, a produção antecipada de prova pode servir como freio à propositura de demandas infundadas. Segundo Yarshell<sup>31</sup>, trata-se de ação que se reveste de *duplicidade peculiar*. Isso porque, ao invés de ambas as partes adotarem simultaneamente a dupla face de autor e réu, o que se observa é que a posição ocupada pelas partes não é muito relevante. A procedência da demanda tem o mesmo significado para ambas, pois a prova será produzida e atingirá, para beneficiar ou prejudicar, todas as partes<sup>32</sup>.

O art. 381 do CPC é muito mais amplo que o seu correlato no CPC-1973. Não se limita apenas as provas periciais e orais, englobando todas as espécies de provas e consolidando os procedimentos que o CPC/1973 tratava de forma isolada como justificação e produção antecipada de provas. Diferentemente do CPC-1973, que previa a produção antecipada de prova oral ou pericial, o CPC não faz essa restrição: é possível pedir a produção antecipada de qualquer prova. O CPC-1973 previa três espécies de ações probatórias: a produção antecipada de prova, que se fundava em urgência e se restringia às provas oral e pericial; a justificação, que dispensava a urgência e se restringia à prova testemunhal; a ação de exibição de documento (que era prevista no rol dos meios de prova e como “ação cautelar”). O CPC atual fundiu

<sup>31</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 330-331.

<sup>32</sup> DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 11ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2. p. 143.



(unificou) a produção antecipada de prova e a justificação, em um único procedimento, em que se permite a produção de qualquer prova, independentemente da demonstração de urgência. O CPC atual previu, também, a ação de exibição de documento ou coisa apenas no rol dos meios de prova – e não mais como ação cautelar, no que agiu muito bem.

Além disto, a gestão do processo e as estratégias a serem utilizadas processualmente dependem do conhecimento dos fatos. O inc. III, art. 381, CPC, valoriza a *discovery* (a pesquisa probatória anterior ao ajuizamento da demanda), resultando em uma espécie de fase pré-processual (*pre-trial*), permitindo o conhecimento dos fatos relevantes antes do ajuizamento da demanda.

Note-se que isto se aplica mesmo para as partes que não possuem a prerrogativa de investigação do Ministério Público, isto é, para as partes que não podem utilizar o instrumento do inquérito civil. Portanto este instrumento autoriza aos colegitimados a requerer provas em juízo para o fim de analisar o cabimento da ação coletiva.

Como se vê, a produção de prova que prepare (dê lastro) a futura ação coletiva pode resultar de um procedimento judicial.

Ou seja, nem sempre o lastro probatório mínimo para o ajuizamento de uma ação coletiva é produzido por inquérito civil e, por isso, nem sempre decorrerá da atuação administrativa do Ministério Público.

É preciso sintonizar, também aqui, os instrumentos de produção antecipada de prova judicial e extrajudicial para a tutela coletiva.

## **5. Audiência preliminar de mediação ou conciliação (art. 334, CPC).**

Uma das marcas do CPC-2015 é o estímulo à autocomposição.

Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§2º e 3º do art. 3º do CPC: “§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos



deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Uma das técnicas de estímulo à autocomposição é a designação de uma audiência obrigatória de mediação ou conciliação, antes do oferecimento da resposta pelo réu (art. 334 do CPC). Trata-se de uma importante alteração no procedimento comum promovida pelo CPC-2015.

Surge, então, a seguinte questão: o art. 334 do CPC aplica-se no procedimento da ação civil pública? Ou seja: agora, na ação civil pública, o réu deve ser citado para comparecer à audiência, antes de apresentar a resposta?

A resposta é positiva.

Há várias razões.

Em primeiro lugar, a especialidade do procedimento da ação civil pública, em relação ao procedimento ordinário do CPC-1973, residia em basicamente dois pontos: a) possibilidade de tutela provisória satisfativa liminar (art. 12 da Lei n. 7.347/1985), que não existia, em 1985, ano da edição da lei de ação civil pública, no procedimento ordinário do CPC-1973 – essa possibilidade somente veio a existir com a nova redação do art. 273 do CPC-1973, feita em 1994; b) a apelação contra sentença não ter efeito suspensivo automático.

A sequência dos atos do procedimento da ação civil pública é a mesma do procedimento comum, portanto. Alterado o procedimento comum, altera-se o procedimento da ação civil pública, mantida eventual peculiaridade.

O pensamento estende-se à ação popular, pelas mesmas razões. Não se estende ao mandado de segurança coletivo, cujo procedimento é essencialmente diferente do procedimento comum – o que não impede que haja autocomposição, apenas não há a obrigatoriedade de realização dessa audiência preliminar, justamente por se tratar de rito sumário documental.



Em segundo lugar, não há proibição de autocomposição em causas coletivas, como visto. Ao contrário, a solução dos conflitos coletivos mediante o termo de ajustamento de conduta judicial ou extrajudicial é valorizada e incentivada.

Em terceiro lugar, não há qualquer razão que justifique a exclusão dos processos coletivos da política nacional de estímulo à solução negociada dos conflitos, imposta pelos §§2º e 3º do art. 3º do CPC.

Os argumentos de cunho doutrinário ligados à indisponibilidade do direito, à forte presença de interesse público e a ausência de participação dos grupos na tomada de decisão já foram enfrentados acima, mas cabe repisar que em nenhum caso se afasta a autocomposição como regra, apenas é exigível que ela seja adequada para a tutela dos direitos. Como vimos, muitas vezes ela é a forma mais adequada de tutela.

Em quarto lugar, no único caso em que disciplina expressamente um processo coletivo, o CPC impõe a realização da audiência preliminar de mediação e conciliação, antes mesmo da análise do pedido de tutela provisória – ações possessórias contra uma coletividade, reguladas pelo art. 565 do CPC. Trata-se de verdadeiro paradigma normativo de estímulo à solução consensual de conflitos coletivos: a) para todos os tipos de conflito, impondo a audiência de tentativa de autocomposição; b) para os conflitos coletivos passivos, impondo essa audiência, como audiência prévia de justificação, antes mesmo do exame do pedido de tutela provisória. É importante notar que nos conflitos de terra muitas vezes há conflito entre direitos fundamentais que devem ser preservados na máxima medida possível e justamente por isto reforçamos que a autocomposição é viável e adequada nestes casos.

Em quinto lugar, o parágrafo único do art. 33 da Lei n. 13.140/2015 expressamente determina que a “Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, *procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos*”. A prestação de serviços públicos é matéria de direito administrativo, interesse público, mas, na vida real, existem graus de satisfação que podem ser atendidos e implementados, logo a



autocomposição, além de evitar processos intermináveis, resulta em menor resistência das partes no atendimento da medida acertada, garantindo mais efetividade.

Assim, somente não seria determinada a audiência de mediação e conciliação, prevista no art. 334 do CPC, no processo da ação civil pública, quando autor e réu do processo coletivo disserem expressamente que não pretendem resolver por autocomposição (art. 334, §4º, I, CPC).

Se o legitimado coletivo for um ente público (inclusive Ministério Público e Defensoria Pública), a recusa à autocomposição deve ser motivada. Isso porque, de acordo com o §3º do art. 3º do CPC, os entes públicos têm o dever funcional de estimular a autocomposição. No caso do Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no Âmbito do Ministério Público, na Resolução n. 118/2014, da qual também decorre a exigência desse tipo de comportamento.

## 6. Negócios jurídicos processuais coletivos.

O art. 190 do CPC é uma cláusula geral de negociação processual. Com base nele, é possível a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.<sup>33</sup>

Neste momento, cabe abordar o seguinte ponto: admite-se a celebração de negócios processuais atípicos em processos coletivos?

Sim, sem dúvida.

Não se deve afastar a possibilidade de negócios processuais coletivos<sup>34-35</sup>. Basta pensar em um acordo coletivo trabalhista, em que os sindicatos disciplinem aspectos do futuro dissídio

---

<sup>33</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 384-399.

<sup>34</sup> Enunciado n. 255 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É admissível a celebração de convenção processual coletiva”. Certamente, será muito frequente a inserção de convenções processuais em convenções coletivas de trabalho ou de consumo, por exemplo.

<sup>35</sup> “(...) alguns exemplos interessantes que constituem objeto dos acordos coletivos processuais na França: (a) as conclusões finais das partes devem anunciar claramente as razões de fato e de direito; (b) comunicação entre tribunal e advogado por via eletrônica; (c) acordo para perícias firmado entre tribunal, ordem dos advogados e associação de peritos, para regulamentar a produção da prova e uniformizar critérios de fixação de honorários; (d)



coletivo trabalhista. Trata-se de negócio que visa disciplinar futuro processo coletivo, vinculando os grupos envolvidos, titulares do direito.

Alguns exemplos: a) escolha convencional de um perito; b) pacto de disponibilização prévia de documentos; c) pacto de produção antecipada de prova; d) o pacto sobre o dever de financiar o custo da prova; e) criação de hipótese negocial de tutela provisória de evidência (art. 311, CPC) etc.

Para que tais convenções processuais coletivas sejam celebradas, é preciso que haja legitimação negocial coletiva por parte do ente que a celebre. A Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público disciplina a legitimidade do Ministério Público para a celebração de convenções processuais. Aplica-se, aqui, por analogia, também, o regramento das convenções coletivas de trabalho e convenções coletivas de consumo (art. 107, CDC).

## **7. A autocomposição em ação de improbidade administrativa.**

### **7.1. A revogação do art. 17, §1º, Lei n. 8.429/1992. A necessária interpretação histórica. A colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos processuais atípicos no processo de improbidade administrativa.**

O art. 17, § 1º, Lei nº 8.429/1992, proibia expressamente “transação, acordo ou conciliação” no processo de improbidade administrativa.

Ele foi revogado pela Medida Provisória n. 703/2015. Já não era sem tempo. O dispositivo já estava obsoleto. Infelizmente, a MP 703/2015 caducou em maio de 2016, por não ter sido votada pelo Congresso Nacional.

Já não era sem tempo. O dispositivo já estava obsoleto. Espera-se que ele seja confirmado pelo Congresso Nacional.

---

instituição de comissão mista de estudo para acompanhar processos e estudar as eventuais disfunções e apresentar propostas de alterações”. (ANDRADE, Érico. “As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 193, p. 190). Sobre o assunto, CADIET, Loïc. *Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia*, cit., p. 30-35. Disponível em: [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com) Acesso em: 21.04.2014.



A proximidade entre a ação penal e a ação de improbidade é evidente e inquestionável, em razão das sanções decorrentes, muito embora os regimes jurídicos sejam distintos, um de direito administrativo (civil em sentido amplo), outro de direito penal. A própria estruturação do processo da ação de improbidade administrativa, com uma fase de defesa prévia, semelhantemente ao que acontece no processo penal, é a demonstração cabal do quanto se diz. Há mais garantias ao réu na ação de improbidade por serem as sanções aplicáveis mais graves.

À época da edição da Lei n. 8.429/1992, o sistema do Direito Penal brasileiro era avesso a qualquer solução negociada. Não por acaso, falava-se em indisponibilidade da ação penal e em indisponibilidade do objeto do Processo Penal.

Sucedem que, a partir de 1995, com a Lei n. 9.099/1995, instrumentos de justiça penal negociada começaram a ser previstos no Direito brasileiro. Desenvolveram-se técnicas de justiça penal consensual<sup>36</sup>.

A transação penal (art. 76, Lei n. 9.099/1995) e a suspensão condicional do processo penal (art. 89, Lei n. 9.099/1995). Em ambos os casos, há negociação que produz consequências no âmbito do Direito Penal material.

O Processo Penal também sofreu transformações, com a ampliação das possibilidades de negociação entre autor e réu. A “colaboração premiada”, negócio jurídico material e processual previsto em algumas leis (embora prevista em diversas leis, a regulamentação mais completa está na Lei n. 12.850/2013) é o principal exemplo desse fenômeno. Ao lado da “colaboração premiada” surgem institutos de *compliance* das empresas envolvidas, como é o caso do acordo de leniência (Lei Anticorrupção, Lei 12.846/2013).

A proibição de negociação prevista na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o MP e da visão que a tutela do interesse público

---

<sup>36</sup> Percebeu o ponto: CABRAL, Antonio do Passo. “A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais”. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord). *Negócios processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 545-546.





era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. Se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade. Pode-se estabelecer a seguinte regra: a negociação na ação de improbidade administrativa é possível sempre que for possível a negociação no âmbito penal, em uma relação de proporção.

A interpretação literal do comando do §1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 levava uma situação absurda<sup>37</sup>: seria possível negociar sanções tidas como mais graves pelo sistema, porque decorrente da prática de crimes (por definição, o ilícito mais reprovável), mas não seria possível negociar no âmbito de uma ação de improbidade administrativa. Além de absurda, a interpretação desse texto ignoraria completamente a diferença entre os contextos históricos da promulgação da lei (1992) e de sua aplicação.

A Lei 12.846/2013, chamada de Lei Anticorrupção, embora com âmbito de aplicação distinto (art. 30 da Lei n. 12.846/2013), compõe com a Lei de Improbidade Administrativa um microsistema legal de combate a atos lesivos à Administração Pública. O propósito da lei é regular “responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (art. 1º). Os arts. 16-17 dessa lei regulam o chamado “acordo de leniência”, negócio jurídico de eficácia complexa. A interseção entre as leis permite que se entenda cabível acordo de leniência como negócio atípico em processo de improbidade administrativa. “A correção dos atos de improbidade decorrentes de corrupção denota, ainda uma vez, a clara opção do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade administrativa”.<sup>38</sup>

A relação entre ambos ficou clara na edição da MP 703/2015. Segundo o texto da Medida Provisória (embora discutível do ponto de vista constitucional, por gerar a revogação de uma norma processual por medida provisória), a celebração dos acordos de leniência impede que os entes celebrantes ajuízem ou prossigam com ações coletivas anticorrupção,

<sup>37</sup> Situação “curiosa”, como anotou CABRAL, Antonio do Passo. “A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais”, cit., p. 547.

<sup>38</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais”, cit., p. 547.



ações de improbidade de improbidade ou outras ações de natureza civil em face das empresas. E mais, havendo participação do Ministério Público, o acordo impedirá o ajuizamento e o prosseguimento de ações ajuizadas por qualquer legitimado (art. 16, §§ 11 e 12, Lei n. 12.846/2013). A MP 703/2015, porém, caducou, em 30.05.2016, por não ter sido examinada pelo Congresso Nacional.

Por outro lado, como já defendíamos anteriormente, na dimensão ressarcitória/desconstitutiva da ação de improbidade, que é idêntica à qualquer ação civil pública ou ação popular, a autocomposição não apresenta qualquer problema. Especialmente se considerarmos que o CPC apresenta a possibilidade de homologação de autocomposição parcial (art. 354, par. ún., CPC).

Assim, podemos chegar a algumas conclusões: a) admitem-se a colaboração premiada<sup>39</sup> e o acordo de leniência como negócios jurídicos atípicos no processo de improbidade administrativa (art. 190 do CPC c/c o art. 4º da Lei 12.850/2013 e com os arts. 16-17 da Lei n. 12.846/2013); b) admite-se negociação nos processos de improbidade administrativa, sempre que isso for possível, na respectiva ação penal, observados, sempre, por analogia, os limites de negociação ali previstos; c) admitem-se os acordos parciais, sendo considerados parcela incontroversa; d) admite-se a “colaboração premiada” em processos de improbidade administrativa, respeitados os limites e critérios da lei de regência.

## **7.2. A autocomposição e o pedido de ressarcimento ao erário.**

Mesmo ao tempo de vigência do §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, o dispositivo não se aplicava à parcela do objeto litigioso do processo relativa ao pedido ressarcitório/desconstutivo. Nesse caso, a proibição não incidia.

Impedir a autocomposição, nessas situações, seria criar um grande e desnecessário embaraço para a efetividade da tutela coletiva, mormente quando se sabe que, em muitos

---

<sup>39</sup> Sobre o tema, especificamente: DINO, Nicolao. “A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória”. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 439-460.



casos, o prejuízo ao Erário não é de grande monta e o pagamento da indenização em parcelas, por exemplo, acaba por revelar-se uma forma eficaz de adimplemento da dívida.

E ainda havia um argumento dogmático bem forte: o pedido ressarcitório poderia ser veiculado, autonomamente, em processo de ação civil pública, em que o acordo é plenamente possível, conforme já visto. Não se trata de pedido que pressupõe procedimento especial<sup>40</sup>.

#### **8. Controle da autocomposição pelo juiz. O dever de controle do mérito do acordo e da legitimação adequada.**

O juiz poderá controlar, na fase homologatória, o conteúdo da transação sobre o objeto litigioso: deixando de homologá-la, homologando-a parcialmente ou recomendando às partes alterações em determinadas cláusulas.

As partes colegitimadas poderão, portanto, peticionar ao juiz, antes da homologação, caso não tenham participado do acordo, solicitando a intervenção no processo (art. 5º, § 2º, Lei 7.347/1985) e requerendo a não homologação do acordo, sua homologação parcial ou a adaptação de determinadas cláusulas para garantia de sua adequação à tutela dos direitos. O Ministério Público como interveniente obrigatório poderá fazer o mesmo.

Em relação aos negócios processuais, cabe ao órgão julgador o controle da sua validade, nos termos do parágrafo único do art. 190 do CPC.

Nas ações individuais, os acordos não dependem de controle judicial, em regra. Na maior parte dos casos as partes litigam sobre direitos disponíveis, não há necessidade de intervenção do judiciário para assegurar os direitos.

Nos processos coletivos isto é diferente.

Primeiro, há necessidade de tutela do objeto litigioso do processo, presente o interesse público, por se tratar de direitos de natureza coletiva; segundo, há necessidade da participação

---

<sup>40</sup> Nesse sentido, mais recentemente: NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 201.



dos grupos que serão afetados pela decisão e da participação dos colegitimados, pelo menos potencialmente, no âmbito do acordo a ser firmado; terceiro, há a intervenção obrigatória do Ministério Público em todas os processos que tratam dos direitos coletivos em sentido lato.<sup>41</sup>

Existem duas formas de obter um título executivo judicial a partir de uma conciliação em direitos coletivos *lato sensu*.

A primeira é formular o compromisso de ajustamento de conduta em uma ação coletiva judicial já intentada, nos termos do art. 515, II do CPC, pois será título executivo judicial “a decisão homologatória de autocomposição judicial”. A segunda, requerer a homologação judicial do compromisso, valendo-se dos permissivos do art. 515, III, que determina ser título executivo judicial “a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza”, e do art. 725, VIII, que prevê o procedimento de jurisdição voluntária de homologação de acordo extrajudicial.

---

<sup>41</sup> No âmbito das *class actions* norte americanas ocorreu reforma em 2003 para estabelecer uma série de exigências nos acordos (*settlements*) em processos coletivos (*class action litigation*), alterando a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Litigation*. A mais importante diz respeito a admissão dos acordos apenas após a aprovação da Corte, portanto, a necessidade de controle judicial destes acordos tanto do ponto de vista do mérito, quanto do ponto de vista do devido processo legal. A Corte deverá garantir a oportunidade de todos que serão vinculados pelo acordo tomem conhecimento deste, mediante a notificação adequada. Como a proposta será vinculante, os membros deverão ser ouvidos e deverá ser verificado se a proposta é justa, razoável e adequada. No caso de litígios envolvendo danos individuais homogêneos (*class actions for damages*) a participação dos envolvidos será ainda mais intensa, permitindo o *opt out*, mesmo que não tenha sido essa a opção anterior ao acordo, permitindo-se igualmente a impugnação por parte dos membros do grupo que somente será desconsiderada por decisão da própria Corte. Assim: “(e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise: (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal. (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate. (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal. (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so. (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.” Cf.: KLONOFF, Robert H. *Class Actions and Other Multy-Party Litigation*. St. Paul: Thomson Reuters, 2012, p. 283 e ss. Observe-se que há grande polêmica atual em relação à arbitragem coletiva, a Suprema Corte tem admitido cláusulas arbitrais que excluem *class actions* em contratos de consumo ou relações trabalhistas, cf. RESNIK, Judith. Diffusing disputes: the public in the private of arbitration, the private in courts, and the erasure of rights. In: *The Yale Law Journal*, 124: 2804, Disponível em: <file:///C:/Users/hzaneti/Downloads/SSRN-id2601132.pdf>. Acesso em: 24.03.2016.



A atividade do juiz nestes casos não será, contudo, meramente confirmatória do acordo, em juízo simplista de deliberação, no qual se verificam apenas os aspectos formais de representação das partes. O juiz, nestas oportunidades, deverá proceder a um verdadeiro exame de mérito do compromisso, possibilitando até mesmo sua discordância, caso em que não será homologado o acordo, cabendo agravo de instrumento contra essa decisão, por interpretação analógica do disposto no inciso III do art.1.015 do CPC<sup>42</sup>.

Note-se, justamente por isso, que o acordo judicial prescinde de aprovação pelo Conselho Superior do Ministério Público, uma vez que, judicializada a matéria, não há mais risco de arquivamento implícito do inquérito civil, passando o controle do órgão superior do Ministério Público ao juiz da causa. Além disto, este controle é necessário, pois mesmo as partes não-públicas, aquelas que não são legitimadas para o compromisso de ajustamento de conduta, na esfera extrajudicial, poderão requerer a homologação de acordo.

Não sendo o Ministério Público o autor do compromisso de ajustamento de conduta, a homologação em juízo dependerá obrigatoriamente da sua oitiva como fiscal da ordem jurídica, decorrência lógica do microssistema do processo coletivo. Se o Ministério Público interfere em todas as ações coletivas, também na homologação judicial de acordo extrajudicial no qual se transacionem direitos coletivos *lato sensu* sua oitiva é obrigatória.

A decisão que não homologa acordo extrajudicial, em ação em que se pede essa homologação (art. 725, VIII, CPC) é sentença e, assim, apelável (art. 724, CPC).

Um dos elementos que deverá ser controlado pelo juiz no momento da homologação do acordo judicial ou extrajudicial será a adequada representação das partes envolvidas, ou seja, a legitimação em concreto dos envolvidos para celebrarem o compromisso de ajustamento de conduta.

Por exemplo, se o acordo versar sobre danos ambientais nos quais se discuta para além da responsabilidade da empresa a responsabilidade do Estado e dos órgãos de fiscalização por omissão ou comissão a representação adequada por parte do Estado pode estar prejudicada,

---

<sup>42</sup> DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 217.



havendo conflito de interesses, pois o acordo pode ser indevidamente antecipado para fins de salvaguardar a responsabilidade do próprio Estado em ações futuras de responsabilidade.

É importante, registrar, que a legitimidade para a celebração do acordo (judicial ou extrajudicial) se submete às mesmas exigências de “representatividade adequada”, exigidas no enfrentamento da legitimidade *ad causam*<sup>43</sup>.

## 9. Limites à autocomposição nos processos coletivos.

A autocomposição não pode ser encarada como panaceia.

Posto indiscutivelmente importante, a autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no Judiciário<sup>44</sup> ou como técnica de aceleração dos processos a qualquer curso<sup>45</sup>. São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos individuais e coletivos.

No caso dos processos coletivos: a) o incentivo, aos grupos de pessoas e aos colegitimados, à participação e elaboração da norma jurídica que regulará o caso; b) o respeito a liberdade de conformação das suas situações jurídicas e dos seus interesses, concretizada no

---

<sup>43</sup> NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed., cit., p. 201-202; DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 4, p. 295.

<sup>44</sup> Com preocupação semelhante, Flávio Yarshell, que acrescenta: “a conciliação não pode e não deve ser prioritariamente vista como forma de desafogar o Poder Judiciário. Ela é desejável essencialmente porque é mais construtiva. O desafogo vem como consequência, e não como a meta principal. Essa constatação é importante: um enfoque distorcido do problema pode levar a resultados indesejados. Vista como instrumento de administração da máquina judiciária, a conciliação passa a ser uma preocupação com estatísticas. Sua recusa pelas partes – direito mais do que legítimo – passa a ser vista como uma espécie de descumprimento de um dever cívico e, no processo, pode fazer com que se tome como inimigo do Estado aquele que não está disposto a abrir mão de parte do que entende ser seu direito. Daí a reputar a parte intransigente como litigante de má-fé vai um passo curto. Isso é a negação da garantia constitucional da ação e configura quebra do compromisso assumido pelo Estado de prestar justiça. Esse mesmo Estado proíbe que o cidadão, salvo raras exceções, faça justiça pelas próprias mãos” (YARSELL, Flávio Luiz. Para pensar a Semana Nacional da Conciliação”. In: *Folha de São Paulo*, 08.12.2009, p. A3).

<sup>45</sup> Com o grave risco de celebração de “acordos inexecutáveis e antissociais que busquem tão-somente a obtenção de um dado no plano estatístico de casos “resolvidos” ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e de adequação constitucional” (NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos*. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-31/movimento-pro-conciliacao-preocupar-qualidade-acordos/>>. Acesso em: 23 dez. 2015).



direito ao autorregramento;<sup>46</sup> c) a percepção de que com a participação pode-se chegar a uma justiça mais adequada, mais célere e mais duradoura, do ponto de vista coexistencial, em matérias complexas e litígios nos quais o comportamento das partes precisa ser monitorado para além da decisão judicial que põe fim ao processo.

O respeito aos princípios da mediação e da conciliação, em especial a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a oralidade, a informalidade, e a decisão informada, é essencial para obter um resultado justo e equilibrado, que respeite o princípio da adequação.

É perigosa e ilícita, com base na disposição expressa do art. 165, § 2º, CPC, a postura de alguns juízes que constroem as partes à realização de acordos judiciais. Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as funções de mediador ou conciliador, muito embora isto não gere nulidade.

O ideal é que existam profissionais especialmente preparados para exercer esta função, o que não impede que o juiz homologue os acordos realizados pelas partes ou supervisione o processo de mediação ou conciliação.

O princípio da confidencialidade deve ser mitigado em razão do objeto nos processos coletivos, restringindo-se aos sigilos que digam respeito ao segredo industrial, a questões relacionadas à proteção da concorrência ou de outro interesse difuso e às vedações legais à publicidade. A regra é que os acordos devem ser públicos e preferencialmente os grupos atingidos deverão ter acesso prévio ao seu conteúdo.

---

<sup>46</sup> Na doutrina, demonstrando a existência de litígios coletivos globais, locais e de difusão irradiada, cf. VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In.: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Repercussões do novo CPC - Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 49-108. Como foi argumentado, não há “uma” sociedade estática, mas diversos interesses em conflito que precisam ter oportunidade de serem levados em consideração nas soluções autocompositivas, característica presente nos processos coletivos e denominada de “conflituosidade interna”, que afasta as antigas presunções de “indivisibilidade” como dogma da tutela dos direitos de grupo.



## 10. Outras ponderações contra o acordo judicial: fiscalização do desequilíbrio econômico e de informações entre as partes.

Demais disso, convém sempre ficar atento, em um processo de mediação e conciliação e negociação direta, ao desequilíbrio de forças entre os envolvidos (disparidade de poder ou de recursos econômicos)<sup>47</sup>. Trata-se de fator que comumente leva um dos sujeitos a celebrar acordo lesivo a seu interesse.

A propósito, eis o que afirma Owen Fiss:

A disparidade de recursos entre as partes pode influenciar o acordo de três formas. Primeiro, a parte mais pobre pode ser menos passível de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio, o que a deixaria em desvantagem no processo de negociação. Segundo, pode necessitar, de imediato, da indenização que pleiteia e, desse modo, ser induzida à celebração de um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo ciente de que receberá um valor inferior ao que conseguiria se tivesse aguardado o julgamento. Todos os autores de ações judiciais querem suas indenizações imediatamente, mas um autor muito pobre pode ser explorado por um réu rico, pois sua necessidade é tão grande que o réu pode compeli-lo a aceitar uma quantia inferior àquela a que tem direito. Terceiro, a parte mais pobre pode ser forçada a celebrar um acordo em razão de não possuir os recursos necessários para o financiamento do processo judicial, o que inclui tanto as despesas previstas como, por exemplo, honorários advocatícios, quanto aquelas que podem ser impostas por seu oponente por meio da manipulação de mecanismos processuais como o da instrução probatória.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Sobre o tema convém consultar o conhecido ensaio de Owen Fiss: FISS, Owen. “Contra o acordo”. *Um novo processo civil*. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós (trad.). São Paulo: RT, 2004, p. 121 e segs.

<sup>48</sup> FISS, Owen. “Contra o acordo”, cit., p. 125.





Parcela desses problemas não ocorre ou pelo menos é mitigada nas ações coletivas brasileiras.

Antes de mais nada no modelo brasileiro ocorre a participação do Ministério Público seja como autor, seja como fiscal do ordenamento jurídico, em defesa dos direitos coletivos.

Em segundo lugar, o magistrado poderá controlar, como vimos, o conteúdo dos acordos no momento da homologação, justamente para impedir que ocorra prejuízo ao interesse dos membros do grupo que não participam do processo, é possível o recurso do colegitimado como terceiro interessado e, além disto, a própria coisa julgada se submete à revisão *secundum eventum probationis* e às alterações dos fatos.

Em terceiro lugar poderá ocorrer, e é salutar que ocorra, a divulgação e publicização do acordo, se possível com audiências públicas e intervenção de *amicus curiae*, para o fim de permitir que os grupos interessados participem da tomada de decisão.

**11. O princípio da primazia do julgamento de mérito, tutela integral do direito, disparidade econômica e a necessidade de produção de prova adequada para a conciliação ou mediação: coisa julgada *rebus sic stantibus*.**

O CPC adotou uma das premissas do processo coletivo consistente na primazia do julgamento de mérito. Esta premissa representa não somente o direito ao julgamento de mérito, mas também, o afastamento de todas as firulas processuais que possam prejudicar a tutela dos direitos.

Daí que nos processos coletivos a inexistência de prova, consistente na locução “salvo por insuficiência de provas”, permite ao juiz deixar de julgar o mérito da demanda ao invés de aplicar o ônus da prova como regra de julgamento. Da mesma forma, o juiz poderá rever no futuro a decisão de mérito quando as partes apresentem prova nova capaz de por si só alterar o resultado do julgamento.



Em razão disto, quando o acordo celebrado se basear em prova insuficiente, ele poderá ser revisto, desde que surja nova prova capaz de por si só alterar o resultado do acordo, demonstrando que ocorreu tutela insuficiente do direito por falta de conhecimento das partes envolvidas a respeito da extensão do ilícito ou dano objeto do acordo.

A própria autocomposição em processos coletivos deve ser a mais bem informada possível (art. 166, princípio da decisão informada). Acordo muito precoces, sem as informações necessárias sobre os impactos, a extensão e as consequências do ilícito ou do dano e sem condições de afirmar quais as medidas necessárias ou mais adequadas para sua mitigação e reparação, tendem a ser prejudiciais à tutela dos direitos e devem ser controladas pelo juiz no momento da homologação.

A coisa julgada, caso exista homologação de acordo nestes casos, será *rebus sic stantibus*: sobrevindo circunstância de fato que altere a situação definida na sentença poderá ser reproposta nova ação.

Assim, se, em processo jurisdicional ambiental, o Ministério Público ou outro colegitimado celebrar acordo para instalação de um determinado equipamento para mitigar a poluição de uma indústria e, no curso do tempo, vem a ser descoberto que a tecnologia que fora utilizada está superada, deverá ser celebrado novo acordo ou, caso seja impossível, ajuizada nova ação para proteção integral do bem ambiental, com a atualização tecnológica.

A decisão de homologação anterior pode ser revista, no caso de haver novas provas e novos fatos, capazes de por si só alterar os elementos do acordo homologado.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Ideias defendidas por Marcelo Abelha Rodrigues, durante uma conversa informal na UFES, e também encontráveis em: ABELHA, Marcelo Rodrigues. *Palestra – O TAC e a Coisa Julgada Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Planeta Verde, XVIII Congresso de Direito Ambiental (comunicação oral). Disponível em: [www.marceloabelha.com.br](http://www.marceloabelha.com.br). Acesso em: 24.03.2016.



## 12. A possibilidade de impugnação pelos colegitimados por meio do recurso de terceiro interessado e outras ações de impugnação autônomas

Aceita-se, nos planos doutrinário e jurisprudencial, que as partes litigantes firmem acordos em demandas coletivas, de modo a que se ponha fim ao processo com julgamento do mérito (art. 487, III, “b”). O assunto foi tratado longamente neste texto.

Consoante se pôde demonstrar, o regime de produção da coisa julgada nas demandas coletivas é distinto do regramento comum; a eficácia subjetiva da coisa julgada é um dos pontos distintivos determinantes. Assim, havendo homologação de acordo judicial em causa coletiva, haverá produção da coisa julgada *erga omnes*, impedindo a repropositura da demanda por qualquer dos colegitimados, inclusive por aqueles que não participaram da celebração do negócio jurídico. O acordo firmado não produz efeitos apenas em relação aos acordantes, pois o seu objeto é tutelar o direito coletivo, transindividual, de todo o grupo.

Essas circunstâncias fazem com que se admita a possibilidade de o terceiro colegitimado ingressar com um recurso, com vistas a questionar a homologação do acordo, postulando, assim, o prosseguimento do feito em direção à heterocomposição.

Nesse caso, não demanda o terceiro ação nova; exerce, pelo recurso, a ação cuja legitimidade também é sua e já fora exercida por outro colegitimado. Assume o processo no estado em que se encontra, sem alterá-lo objetivamente. Não há, com isso, supressão de instância. Aliás, o parágrafo único do art. 996 do CPC expressamente diz que cabe recurso de terceiro que se afirme substituto processual para a discussão da situação jurídica litigiosa – *refinamento promovido pelo CPC de 2015 que foi pouco notado pela doutrina, mas que, para o processo coletivo, é fundamental*.

Caso não se permita essa impugnação recursal do terceiro, estará sendo vedado o acesso do colegitimado ao Judiciário, pois, com a coisa julgada, nenhum juízo poderá reapreciar a causa – este ponto também é fundamental, pois, nos litígios individuais, a coisa julgada surgida da homologação da transação não afeta o terceiro. Só lhe restará a ação rescisória.



Concordamos, pois, com as conclusões de Geisa de Assis Rodrigues: “A discordância dos demais colegitimados deve ser feita através da utilização dos mecanismos de revisão da decisão judicial, ou seja: recursos cabíveis ou ações autônomas de impugnação, dependendo do caso concreto. A decisão homologando o ajuste formulado em juízo é uma decisão de mérito, e portanto poderá ser acobertada pela intangibilidade panprocessual da coisa julgada material”.<sup>50</sup>

Homologada a transação e transitada em julgado a decisão homologatória, a transação poderá ser impugnada mediante ação autônoma no caso de novas provas (coisa julgada *secundum eventum probationis*) ou mediante ação rescisória<sup>51</sup>. O requisito, no primeiro caso, é a demonstração de que as provas novas são suficientes para gerar um outro resultado e que o acordo firmado foi realizado sem conteúdo probatório suficiente para a definição dos direitos e obrigações. Não poderia ser diferente, uma vez que o título judicial decorrente do processo de conhecimento não pode ser mais fraco que o título judicial decorrente da homologação de transação em juízo.

### 13. Conclusões

1 - Apesar de serem conhecidas como ADR - *Alternative Dispute Resolution* - as técnicas ligadas à Justiça Multiportas (*multi-door justice*) não são alternativas.

O que rege a possibilidade de opção é o juízo de adequação; se o meio for adequado, aplica-se a política nacional de conciliação e mediação.

Como o foco está na tutela dos direitos, serão as técnicas mais adequadas para a solução de litígios complexos que devem ser utilizadas, sejam elas técnicas judiciais ou extrajudiciais, seja a decisão por terceiro imparcial (jurisdição estatal ou arbitragem), seja a

---

<sup>50</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*, cit., p. 237. Também admitindo o questionamento do acordo pelo colegitimado, VIGLIAR, José Marcelo. *Ação Civil Pública*, cit., p. 90.

<sup>51</sup> Sobre a rescindibilidade, no CPC-2015, da decisão homologatória de acordo: DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 429-430.



solução apresentada por autocomposição (mediação, conciliação, negociação direta ou outro de solução disponível).

2 - Nos processos coletivos, especialmente nas decisões ou processos estruturantes, casos em que existe a necessidade de implementação de políticas públicas que exigem uma justiça coexistencial, desdobrada no tempo e sem ruptura social, o cumprimento da decisão e a própria decisão estão para além da fixação de quem tem ou não tem razão; as técnicas de justiça consensual e autocomposição podem revelar-se nestes casos muito mais adequadas, pois seu objetivo não é a aplicação pura e simples da solução normativa previamente estabelecida;

3 - portanto, o dever de estimular soluções autocompositivas, decorrente do princípio do estímulo à autocomposição (art. 3º, §2º, CPC), orienta a atuação de todos órgãos públicos envolvidos com a tutela coletiva dos direitos, que devem buscar a adequação da tutela, sua tempestividade e efetividade;

4 – por se tratar de tutela mais adequada, devem ser admitidas a mediação, a conciliação e a negociação direta mesmo em se tratando de direitos indisponíveis. A indisponibilidade será de direito e processual, nos processos coletivos a legitimação dá-se por substituição processual e os colegitimados não podem dispor do direito material pertencente ao grupo; mas dependerá da análise concreta a verificação dos graus de concreção do direito material no caso e a disponibilidade ou não do direito material debatido. Por exemplo, a fixação consensual de reparação *in pecunia* depende de um juízo concretizador do direito à indenização;

5 - os meios de solução de controvérsia, mediação, conciliação e negociação direta são marcados pela atipicidade e permitem que sejam utilizadas técnicas conforme a necessidade da tutela dos direitos. Assim, em um procedimento de conciliação o Ministério Público ou outro colegitimado poderá solicitar que se apliquem técnicas de mediação ou de negociação direta quando elas se mostrarem mais adequadas à solução da questão debatida;



6 - na formulação da transação poderá ocorrer a concreção/concretização dos direitos pelos colegitimados, definindo os prejuízos a serem indenizados e o conteúdo de obrigações previstas a partir de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados ou princípios jurídicos extraídos do texto legal e do ordenamento jurídico. O CPC substituiu a vinculação à mera legalidade pela adoção da legalidade ampla ou unidade do ordenamento jurídico (arts. 8º, 140, 178 e 926, *caput*);

7 - cabe ao juiz, mesmo quando não intervir como conciliador ou mediador, e ao Ministério Público, nas figuras de interveniente e agente, assegurarem-se de que foram adotadas todas as medidas necessárias para a autocomposição, inclusive insistindo na demarcação das questões sobre as quais deva operar a conciliação/mediação de forma a tornar transparente e público os objetivos do acordo e a revelar quais os “interesses” das partes, para além de suas “posições” no conflito;

8 - muito embora as melhores técnicas exijam, para a preservação da confidencialidade, imparcialidade e do ambiente favorável e transparente para a conciliação, que os juízes não participem do procedimento como conciliadores e mediadores, sua atuação, na conciliação e mediação, em processos judiciais complexos, pode mostrar-se necessária e útil para a obtenção de autocomposições qualificadas pela homologação judicial em matérias de interesse público relevante, como é o caso dos processos coletivos; assim sendo, não prejudica ou gera qualquer nulidade no processo de conciliação/mediação o envolvimento do órgão de julgamento nos litígios complexos. Da mesma forma a confidencialidade não pode impedir a publicação dos resultados do acordo, quando se tratar de matéria de interesse público;

9 - O princípio da confidencialidade deve ser mitigado em razão do objeto nos processos coletivos, restringindo-se aos sigilos que digam respeito ao segredo industrial, a questões relacionadas à proteção da concorrência ou de outro interesse difuso e às vedações legais à publicidade. A regra é que os acordos devem ser públicos e preferencialmente os grupos atingidos deverão ter acesso prévio ao seu conteúdo;



10 - as soluções autocompositivas exigem clareza quanto aos pontos em conflito, por essa razão é imprescindível para a autocomposição a produção da prova da extensão do dano ou da conduta ilícita;

11 – caso sobrevenha prova que demonstre, por si só, a necessidade de tutela do bem jurídico coletivo - para além do que fora fixado no acordo, mesmo quando já homologado pelo juiz - será possível pleitear a revisão do acordo, por força da doutrina da coisa julgada *secundum eventum probationis* aplicável ao processo coletivo; a coisa julgada no processo coletivo se limita aos fatos debatidos na causa, e a sua revisão poderá ocorrer por ação autônoma;

12 - a conciliação e a mediação poderão ocorrer em quaisquer espécies de processos coletivos, inclusive nas ações de mandado de segurança coletivo, ações populares, ações civis públicas e ações de improbidade administrativa. Não há ofensa há obrigatoriedade e ao princípio da supremacia do interesse público. O acordo neste tipo de litígio visa preservar o interesse público que pode ser dimensionado de forma dinâmica, conforme o bem jurídico a ser preservado e a finalidade deste para a tutela dos direitos e sujeição aos deveres fundamentais envolvidos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. In: *Revista de Processo*, v. 195, ano 36. São Paulo: RT, maio, 2011.

ANDRADE, Érico. “As novas perspectivas do gerenciamento e da ‘contratualização’ do processo”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 193.

ANDREWS, Neil. In.: VARRANO, Vincenzo (a cura di). *L’Altra Giustizia: I Metodi di Soluzioni delle Controversie nel Diritto Comparato*. Milano: Giuffrè, 2007.



CABRAL, Antonio do Passo. “A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais”. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord). *Negócios processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”*. In.: ZANETI JR., Hermes; XAVIER, Tricia Navarro. *Justiça Multiportas*. (Coletânea Internacional. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. Geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Jus Podivm, 2016.

CADIET, Loïc. *Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia*, cit., p. 30-35. Disponível em: [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com) Acesso em: 21.04.2014.

CAPPELLETTI, Mauro. Notas sobre conciliadores e conciliação. Trad. Hermes Zaneti Jr. In.: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Trad. Hermes Zaneti Jr. Vol. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual: Sistemas de Resolução de Conflitos no Contexto da Cultura Comparada*. Trad.: Sergio Arenhart; Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

COSTA E SILVA, Paula. *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, v. 1, 2016.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 11ª. ed. Salvador: Jus Podivm, v. 2, 2016.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª. ed. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2016.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, v. 4, 2014.





DINO, Nicolao. “A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória”. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

FISS, Owen. “Contra o acordo”. In: \_\_\_\_\_. *Um novo processo civil*. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós (trad.). São Paulo: RT, 2004.

GRAVONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In.: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Repercussões no Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRAVONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva*. São Paulo: RT, 2011.

KLONOFF, Robert H. *Class Actions and Other Multy-Party Litigation*. St. Paul: Thomson Reuters, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante o procedimento comum*. Volume 2. São Paulo: RT, 2015.

NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

NETO, João Luiz Lessa. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. In: *Revista de Processo*, v. 244, ano 40. São Paulo: RT, jun. 2015.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos*. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-31/movimento-pro-conciliacao-preocupar-qualidade-acordos/>>. Acesso em: 23 dez. 2015.

OTEIZA, Eduardo. *Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latino americano*. Texto de la conferencia dictada em el Congreso de la Asociación Internacional de



*Derecho Procesal sobre Modos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad París 1, Sorbonne, 21/25-9-2005.* Disponível em: [www.academia.edu](http://www.academia.edu). Acesso em: 10.03.2016.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.* Lisboa: Almedina, 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. Para pensar a Semana Nacional da Conciliação”. In: *Folha de São Paulo*, 08.12.2009, p. A3.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. “Transação no curso da ação civil pública”. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 16, 1995.

POUND, Roscoe. *The causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice.* Disponível em: <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>. Acesso em: 22.03.2016.

RESNIK, Judith. Diffusing disputes: the public in the private of arbitration, the private in courts, and the erasure of rights. In: *The Yale Law Journal*, 124: 2804, Disponível em: <file:///C:/Users/hzaneti/Downloads/SSRN-id2601132.pdf>. Acesso em: 24.03.2016.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Palestra – O TAC e a Coisa Julgada Rebus Sic Stantibus.* São Paulo: Planeta Verde, XVIII Congresso de Direito Ambiental (comunicação oral). Disponível em: [www.marceloabelha.com.br](http://www.marceloabelha.com.br). Acesso em: 24.03.2016.

SANDERS, Frank. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future.* St. Paul: West Pub., 1979.

TARUFFO, Michele. *Un'Alternativa alle Alternative: Modelli di Risoluzione dei Conflitti.* In: *Revista Argumenta Journal Law*, n. 7, 2007.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. In: *Revista de Processo*. v. 251, ano 41. São Paulo: Ed RT, jan. 2016.

VIGLIAR, José Marcelo. *Ação civil pública.* 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.



VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In.: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Repercussões do novo CPC - Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. Para pensar a Semana Nacional da Conciliação”. In: *Folha de São Paulo*, 08.12.2009, p. A3.

ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.



## Harmonization of Civil Procedure: First Steps of Ukraine to a Genuine European Area of Justice

*Iryna Izarova*

Associate Professor at the Department of Justice,

Faculty of Law of Taras Shevchenko National University of Kiev, Ukraine

**Abstract:** The article deals with the ways of the harmonisation of civil procedure of EU and Ukraine in the light of the EU-Ukraine Association Agreement and the Deep and Comprehensive Trade Area, established from the January 1, 2016.

**Keywords:** Harmonization of Civil Procedure, European integration, judicial cooperation, cross-border litigation

Harmonization of civil procedure is an essential part of European integration, thus, it plays very important role on the way towards Ukraine`s membership in the EU<sup>1</sup>. The provisions of the EU-Ukraine Association Agreement have identified the priority spheres of cooperation, aimed at strengthening the judiciary, improving its efficiency, safeguarding its independence and impartiality, and combating corruption. Respect for human rights and fundamental freedoms will guide all cooperation on justice, freedom and security (Article 14 of the

---

<sup>1</sup>Ізарова І.О. Теоретичні засади цивільного процесу ЄС : монографія / І. О. Ізарова. — Київ: ВД Дакор, 2014. — 328 с.



Agreement). Judicial cooperation on civil procedure shall be done fully using relevant international and bilateral instruments and on the basis of the principles of legal certainty and the right to a fair trial (Article 24 of the Agreement). The Parties agree to facilitate further EU-Ukraine judicial cooperation in civil matters on the basis of the applicable multilateral legal instruments, especially the Conventions of the Hague Conference on Private International Law in the field of international Legal Cooperation and Litigation as well as the Protection of Children (Part 2 of Article 24 of the Agreement).

The development and improvement of judicial cooperation in civil matters between EU Member States have gradually led to the forming of special approach, which safeguards judicial defense in cross-border matters. By using this approach, the so-called cross-border civil procedure, or European Civil Procedure, has been introduced to help to solve cross-border civil and commercial matters.

One of the main prerequisites for the harmonization of civil procedure is the necessity to provide a single market<sup>2</sup>. The consummate legal system, especially in the sphere of civil proceedings, stands as the basis for sustainable economical development; that is why was necessary to form the common legal space. Its creation has gained an extremely important value because it secured the existence of stable economical relationship between the European countries; simultaneously, it has become an inevitable process which accompanies the further development of the European Union.

According to the provisions of the EU-Ukraine Association Agreement, on January 1, 2016 the Deep and Comprehensive Trade Area was established, which allows free movement of goods, capital, services and, partly, labor and safeguards the prerequisites for gradual entrance of Ukraine economy into the single market of the EU. The Agreement aims at securing the implementation of political, economical, trade and judicial reforms in Ukraine. That is why of the highest topicality today is the harmonization of civil procedure of Ukraine and the EU with

---

<sup>2</sup>Storme M. *Approximation of Judiciary Law in the European Union* / M. Storme ; *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union europeenne*. — Kluwer Dordrecht, 1994. — 225 p. — P. IX.



the aim to ensure the protection of the citizens of the deepened economical relationships, which are being established between Ukraine and the EU.

The topic of the harmonization of civil procedure of the EU and the state, which is only on its way towards the integration into the European community, is controversial. According to the traditional scientific approach, and on the basis of legislative provisions of the EU treaties, the harmonization of the civil procedure shall take place only within the borders of the EU. However, in our opinion, it is reasonable to start the process of the harmonization of civil procedure legislation, given the purpose and the prerequisites of the harmonization of civil procedure, which aims at ensuring the normal functioning of the single EU market at the stage of Association Agreement concluding and under conditions of the Deep and Comprehensive Trade Area introducing. In this process, it is reasonable to use the common grounds, which characterize the harmonization of the civil procedure within the borders of the EU itself.

It should be noted that Ukraine has already made some steps towards *A Genuine European Area of Justice*. In particular, Article 9 “Features of action proceedings in matters of assets recognition as unjustified and their reclamation” of Part III “Action Proceedings” has been introduced to the state civil procedural legislation.

The final stage is the preparation of the changes to the Civil Procedure Code of Ukraine establishing proceedings, the prototype of which is the *European Order for Payment Procedure* at the request of the IMF.

It is important to note, however, that for the last two decades the harmonization of the civil procedure has been an extremely complex process for the EU Member States. For Ukraine, which has just begun this process, borrowing their positive experiences is extremely important.

So, firstly we should define the main stages of harmonization, since the latter is a consistent process that includes a number of interrelated actions. It should also be noted that harmonization of civil procedure arose only because of the need to solve a specific problem, which is the participation of the EU citizens (citizens of various Member States) in civil proceedings. This again defines the scope and limits of harmonization – these processes are



aimed at resolving the cross-border civil procedural relations. However, the reforming of national procedural law must take into account the need for a Genuine European Area of Justice, which means establishing efficient interaction of national and supra-national forms of the EU and Ukrainian citizens' rights protection.

The signing of the Association Agreement between Ukraine and the EU determines the occurrence of mutual obligations, the proper implementation of which could lead to the desired entry of Ukraine into the EU. Since this entry is preceded by implementing a comprehensive reform according to the EU standards, the harmonization of civil proceedings as a universal form of legal protection of civil rights becomes of paramount importance.

The harmonization of civil procedure should be carried out gradually, systematically and comprehensively, taking into account the direction of Ukraine's development, because partial changes in national legislation will not lead to the desired result, i.e. the creation of a stable and effective system of civil justice, which would meet the requirements of the EU treaties. It is a necessary condition for further adaptation of the EU legislation in the case of Ukraine's entry to the EU. Until that time comes, during the period of Ukraine entering the EU, the harmonization of legislation will be the necessary foundation that will provide real prospects of integration and active cooperation between our countries.

Thus, the following should be included to the stages of harmonization of civil procedure of the EU and Ukraine, which is currently in the process of accepting the Association Agreement and FTA Agreement.

In the first stage, under conditions of preparing and development of deep and comprehensive free trade area, which will provide gradual integration of Ukraine's economy into the EU single market, it is appropriate to join the EU legislation governing the relations of cross-border civil proceedings arising from the development of the single market. Thus, Ukraine will fulfill its part by making the necessary steps forward and providing a common legal space expansion, providing effective protection of participants of cross-border relations – the EU residents.



For this the following steps need to be taken:

**1) Free circulation of court judgments;**

It would be a mistake to say that Ukraine has made every effort to expand free judgment space with the EU. In the appeal to the EU in 2013 in order to explain the possible mechanisms in this regard, it was noted that Ukraine's accession to the Brussels Convention of 1968 and to the Lugano Convention of 1988 is not seen as appropriate, as these international treaties have lost their relevance with the coming in force of Regulation № 44/2001<sup>3</sup>. So the issue of introducing a mechanism of recognition and enforcement of judgments of the EU Members States courts remains open.

According to Articles 81-82 of the Law of Ukraine "On private international law"<sup>4</sup> with changes according to the Law № 245-VII (245-18) of 16<sup>th</sup> May 2013 the following cases may be recognized and executed in Ukraine: decisions of foreign courts in matters arising from civil, labor, family and economic relationships, foreign judgments courts in criminal proceedings in the part concerning damages and reparations, as well as decisions of foreign tribunals and other bodies of foreign states and competent to civil and commercial matters which have come into force, the procedure for recognition and enforcement of judgments established by law. Special Law of Ukraine "On the recognition and enforcement of foreign courts judgments in Ukraine» № 2860-III of 29<sup>th</sup> November 2001 has lost its power under Law № 2798-IV of September 6<sup>th</sup>, 2005.

Under the provisions of section 8 CPC of Ukraine, a foreign court (court of a foreign state, other competent authorities of foreign countries, whose competence is to consider civil or commercial matters, foreign or international arbitration) is recognized and enforced in Ukraine, if their recognition and enforcement is in accordance with an international treaty, ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine or the *principle of reciprocity* (Art. 390).

---

<sup>3</sup>Інформаційно-довідкові матеріали до комітетських слухань на тему: «Лібералізація візового режиму між Україною та ЄС» станом на 14.06.2013 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [comeuroint.rada.gov.ua/komevrouint/doccatalog/document?id=56234](http://comeuroint.rada.gov.ua/komevrouint/doccatalog/document?id=56234).

<sup>4</sup>Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. № 2709-IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>.





It should be noted that the principle of reciprocity is an essential principle of international civil procedure and therefore it plays a significant role in cross-border relations of the EU Civil Procedure.

The recognition of foreign judgments is made by countries in two ways: either by a separate procedure for recognition of foreign court decisions on the basis of international treaty or reciprocity (international comity), or without any procedures.

According to Article 390, 399 CPC of Ukraine, decisions of foreign courts are recognized and enforced in Ukraine if their recognition and enforcement of an international treaty is ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine or the principle of reciprocity<sup>5</sup>.

*In the local general courts of Ukraine from January 1 2015 till January 1 2016 were more than 1100 applications for permission to enforcement of foreign court decisions and more than 800 of them was end by decrees: refusing (11,4%), applications were leave without resolving (20%), and satisfy (68%)<sup>6</sup>.*

An example of the second method of recognition of foreign judgments – without any procedures – is the practice of the European Union. Given that Ukraine has not ratified either the Brussels Convention of 1968 or the Lugano Convention of 2007<sup>7</sup>, the recognition and enforcement of foreign judgments is carried out under the principle of reciprocity or under an international agreement between Ukraine and the respective EU Member State.

Meanwhile the Lugano Convention of 2007, which came into force in 2010, marked the final reformation of the mechanism of recognition and enforcement of foreign countries resolutions. The Convention, adopted by the European Union of the EFTA, greatly expands the possibilities for harmonizing the provisions on the recognition and enforcement of judgments in

---

<sup>5</sup>Україною укладено двосторонні договори та угоди про правову допомогу в цивільних справах з 21 країною та виконуються в порядку правонаступництва аналогічні договори СРСР, укладені ще з 10 країнами. Ці договори зобов'язують сторони здійснювати певні дії процесуального характеру на взаємній основі.

<sup>6</sup>Єдиний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua>.

<sup>7</sup>У вітчизняній науці висловлювалися пропозиції щодо приєднання України до Конвенції Лугано 1968 р., Див.: Міжнародний цивільний процес України : навч. посіб. : Практикум / За ред. д-ра юрид. наук, проф. С. Я. Фурси. — Київ : КНТ 2010. — 328 с.; Буковецька Н. В. Визнання та виконання рішень іноземних судів у Франції / Н. В. Буковецька // Юридична наука. Міжнародне право. — 2011. — № 2. — С. 211–215 та ін.



civil and commercial matters outside the EU and European Economic Area, in particular to third countries. It is open to accession by three groups of countries: firstly, for future members; secondly, for EU Member States, acting on behalf of non-European territories that are part of their territory or for whose external relations they are responsible; thirdly, any other state provided the unanimous consent of all parties involved<sup>8</sup>.

Participants of Lugano Convention of 2007 are the EU as well as Denmark, Iceland, Norway and Switzerland. Ukraine's accession to the convention is a necessary and important step that will certify the desire for European integration and expand the free circulation of judgments space for economic cooperation in the free trade zone. But on the current phase it cannot be acknowledged as the most relevant.

The principle of mutual trust in the administration of justice leads to abolishing any additional procedures of decision recognition adopted in the various Member States. Moreover, the desire to reduce the time and cost of cross-border procedures requires the cancellation of interim procedures and establishing the presence of the executive power of the court decision, giving the opportunity to comply with any decisions made by courts of EU Member States as such, which was adopted in Ukraine.

The implementation of the EU-Ukraine automatic recognition and enforcement mode will be an evolutionary step in the development of a genuine European area of justice and a reliable foundation for further harmonization and adaptation of the EU legislation.

## **2) the harmonization of rules on jurisdiction and Lis Pendans in cross-border civil and commercial matters in the EU and Ukraine;**

In the Report of European Parliament, Rada and European Economical and Social Committee Commission on the implementation of the Regulation № 44/2001 of 21<sup>st</sup> April 2009 (hereinafter – Report 2009) it was mentioned that the absence of the unified rules of

---

<sup>8</sup>Summary of Treaty [Electronic resource]. — Mode of access : <http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?redirect=true&treatyId=7481>.



jurisdiction leads to an uneven access to justice for the citizens of the EU. It is especially true for those matters, in which a party doesn't receive a fair trial or an adequate defense in the courts of third countries.

The lack of common rules determining jurisdiction over third defendant states could also jeopardize the application of mandatory Community legislation, for example the legislation on consumer protection. In Member States where there are no additional forms of protection, consumers can not break the matter against the defendants who are residents of a third state. The same as, for example, employees, commercial agents, victims of defective products, other persons who intend to use the rights given to data protection law in the EU. In all these areas, where Community law is mandatory, applicants may be deprived of such protection.

The current civil procedural law contains no contractual jurisdiction, which significantly reduces the individual's right of access to justice and effective trial.

Also, there is no facilitation of the process by the implementation of special rules for "weak" parties in legal relations connected with labor and consumer relations, whose claimant is a physical person.

The prevention of parallel proceedings principle or *Lis Pendens* is particularly important. To ensure the effective judicial protection of rights it is important not only to prevent a reconsideration of the matter by the court, which has already been approved by a court decision, but also to prevent simultaneous proceedings of the matter in several courts in different EU Member States or states that are not EU Members.

According to the provisions of Article 33 of Regulation № 1215/2012, if the matter is considered by the court of a third state, and the court of the EU Member State begins proceedings involving the same side and the same subject matter as in the matter in the court of a third state, the court of a Member State may suspend the proceedings, if:

- ◆ it is expected that the court of the third State will give a judgment capable of recognition and, where applicable, of enforcement in that Member State; and



◆ the court of the Member State is satisfied that a stay is necessary for the proper administration of justice<sup>9</sup>.

The court of the Member State may continue the proceedings at any time if:

- the proceedings in the court of the third State are themselves stayed or discontinued;
- it appears to the court of the Member State that the proceedings in the court of the third State are unlikely to be concluded within a reasonable time; or
- the continuation of the proceedings is required for the proper administration of justice.

This is very important for Ukraine. Reconsideration of the matter by the court, which has already been approved by a court decision, should not be allowed, and the possible simultaneous proceedings of the matter in several courts on the territories of the EU Member States and Ukraine should be prevented.

According to chapter 2, Article 75 of the Law of Ukraine "On private international law", the court refuses to initiate proceedings if the court or other foreign state jurisdiction has a matter of dispute between the same parties on the same subject and on the same grounds<sup>10</sup>. However, the procedural order of the question (if the proceedings are opened and found that identical matter is considered by the court of another state) is not defined.

According to a general provision of para. 4, chapter 1, Article 207 of CPC of Ukraine, the court decides on leaving the claim without consideration if the dispute between the same parties on the same subject and for the same reasons is considered in another court.

However, in accordance with Article 33 of Regulations № 1215/2012, if the matter is considered by the court of a third state and a court of the EU Member State begins proceedings

---

<sup>9</sup>Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters of 12 December 2012 [Electronic resource]. — Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>.

<sup>10</sup>Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. № 2709-IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>.



involving the same parties on the same subject matter, as is the matter in the court of a third state, it can suspend proceedings if it is expected that the third state court will make a decision that can be recognized in the EU Member States, if it is convinced that the proceedings are required for the proper administration of justice<sup>11</sup>.

Thus, the court of a Member State may continue the proceedings at any time if the proceedings in the court of the third state is suspended or closed and there is a reason to expect that a court of a Member State that is holding proceeding will hardly adopt its decision within a reasonable time; or the continuation of proceedings is necessary for the proper administration of justice.

The principle of controlled plurality of processes or preventing parallel proceedings in different courts derives from the principles of equality of litigation and reciprocity, according to which foreign judges are as honest and intelligent as their own judges and therefore, there is no need to resolve to the same matter in courts of different countries. However, it is intended to prevent parallel litigation to avoid conflict of jurisdictions and the possible adoption of contradictory court decisions.

At the same time, according to para. 4, chapter 1, Article 396 of CPC of Ukraine, the decision of a court of Ukraine about a dispute between the same parties on the same subject and on the same grounds that came in force, or the proceedings in the court of Ukraine in a dispute between the same parties on the same subject and the same grounds before the time of the proceedings in a foreign court can be a reason to refuse petition for permission to enforcement of a foreign court<sup>12</sup>. That means that despite the fact that the court of a foreign

---

<sup>11</sup>Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters of 12 December 2012 [Electronic resource]. — Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>.

<sup>12</sup> Article 396. Grounds for denial of a motion for permission to enforcement of foreign court decisions

1. Application for permission to enforcement of foreign court decisions is not satisfied in the cases stipulated by international treaties, ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine.

2. If in international treaties, ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine, such cases are not provided for the petition may be denied:

1) if the decision of a foreign court under the laws of the State in which it was decided have not gained legal force;  
2) if the party against whom the decision was made by a foreign court was unable to participate in the trial because he was not properly notified of the proceedings;



state is considering an identical matter, the courts of Ukraine may adopt a decision that would be a reason for refusal of enforcement of a foreign court.

While considering identical matters, one should be guided by the principle of a fair trial by a court which can properly carry out justice. Given the need to harmonize civil procedure of the EU and Ukraine, as well as ensuring the rights of individuals for a fair trial, one should complement the existing procedural law of the court to determine in what court the proceedings shall be held for the proper administration of justice.

**3) the effective judicial cooperation between the courts of the EU and Ukraine in cross-border civil and commercial matters (the service of judicial and extrajudicial documents, the taking of evidence, the preservation of account);**

Association Agreement between Ukraine and the EU has identified the priority areas of cooperation to strengthen the judiciary, improving its efficiency, guarantee its independence and impartiality. The judicial cooperation in civil matters is a very important element among them.

The development of judicial cooperation aims at broadening and deepening the scope of mutual assistance between judicial authorities of the EU Member States and Ukraine for the proper and timely consideration and resolution of civil matters. This requires the improvement of existing mechanisms to provide legal assistance to courts, which includes the execution of court orders, mutual assistance in obtaining information on foreign law and so on.

- 
- 3) if the decision taken in the case, consideration of which belongs exclusively to the competence of a court or other authorized body according to the law of Ukraine;
  - 4) if the Court of Ukraine decided the dispute between the same parties on the same subject and on the same grounds that entered into legal force or if court proceedings in the case of Ukraine is the dispute between the same parties, with the same subject and on the same grounds, the time of opening of proceedings in foreign courts;
  - 5) if it was omitted the term presenting the decision of a foreign court to enforce in Ukraine set by international treaties and this Law, ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine;
  - 6) if the subject of the dispute under the laws of Ukraine is not subject to judicial review;
  - 7) if the decision threatened the interests of Ukraine;
  - 8) in other cases established by laws of Ukraine.



The mentioned above requires a detailed research by the EU civil proceedings institutes, which would determine the order of interaction and cooperation between the courts of the EU Member States on the consideration and resolution of cross-border civil and commercial matters as well as clarifying the prospects of harmonizing civil procedural law of Ukraine.

For the effective and timely resolution of the dispute, the implementation of some procedural actions on the territory of a Member State may be necessary, including a delivery of summons or obtaining evidence in the matter. In such matters, according to the current Code of Civil Procedure of Ukraine, a party can appeal to the court demanding that it will apply to the court of another state in time prescribed by law with a judicial request for legal assistance. Courts of Ukraine may apply to a foreign court or other competent authority of a foreign state if the court is required to hand over documents, collect evidence or carry out some procedural actions on the territory of another state in the course of the proceedings.

The proceedings, for the implementation of which courts can seek legal assistance, include the following: the service of documents to the participants of the process residing or staying in another state than that of a competent court; taking evidence in other states, including the transfer of written evidence, the testimony of the parties, third parties, witnesses, experts and other stakeholders, the transfer of physical evidence or examination by tribunal expertise; calling a witness or an expert; clarifying information on the law that is to be applied, and so on.

In Ukraine, the letters of request for service of documents abroad are based on the Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters of 1965<sup>13</sup>. They are managed by a court or other concerned competent authority of Ukraine in a form of a request. Two parts of the form require filling – "Request" and "Summary of the document." The court or the other competent authority of Ukraine sends the order on the basis of the Convention to the central authority of a foreign state.

---

<sup>13</sup>Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters [Electronic resource] — Mode of access : [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=17](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=17).



In Ukraine, court orders of obtaining evidence are executed according to Article 3 of the Hague Convention of 18 March 1970 on recovery of evidence abroad in civil or commercial matters<sup>14</sup>. They are managed by the court in the form of a request for international legal assistance and contain: the name of the requesting authority and, if possible, the requested authority; the name (full name) and residence (location) of the judicial proceedings and, where appropriate, their representatives; the nature and the object of the proceedings and a summary of the facts of the matter; required evidence or other legal actions to be done. If necessary, the document specifies: the names and addresses of the persons to question; questions to be put to persons under interrogation or facts about which they must be questioned; documents or other objects that should be investigated; special request concerning obtaining evidence; special forms that must be applied in accordance with Article 9 of the Convention. This order is sent to Ukraine through the Ministry of Justice, which forwards it to the central authority established by the state.

*According to statistics in the courts of Ukraine in recent years the number of court orders has decreased. In the first half of 2015, 952 orders of foreign courts were located in local court proceedings (in the first half of 2014 – 1.1 thousand.).*

Considering the European aspirations of Ukraine, the need to protect the violated rights and real enforcement of judgments, it is important to ensure the harmonization of the institute of civil proceedings in Ukraine and the EU.

Civil Procedure Law of Ukraine contains procedures designed to secure a claim in civil proceedings (securing a claim). In particular, securing a claim at any stage of the proceedings could be applied in the matter of difficulty or inability to enforce judgment. Among the security measures law identifies both those, intended to prevent the possibility of enforcement (seizure of property or money) and those, aimed at preserving the status quo (prohibition to make payments or transfer property)<sup>15</sup>. However, these provisions do not reflect the peculiarities of

---

<sup>14</sup>Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters [Electronic resource]. — Mode of access : [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=82#mem](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=82#mem).

<sup>15</sup>Article 152. Types of claim securing. 1. The claim shall be secured: 1) seizure of property or money belonging to the defendant and is in his or other persons` possession; 2) prohibition to perform some specific action; 3)





various kinds of requirements provision that may be present in civil proceedings, which also negatively affects the jurisprudence.

In accordance with the requirements of the International Monetary Fund, Ukraine is preparing a Law that will be adopted, which strengthens the provisions in the Code of Civil Procedure on Order for Payment for domestic transactions and on garnishment of bank accounts (modified structural benchmark)<sup>16</sup>. But currently the available project for the study is not yet prepared.

With further reforming and improving the institutions of provision in civil proceedings, keeping in mind the European aspirations of Ukraine, one should take into account the experience of the EU. In particular, it is necessary to summarize the position of the documents provision in civil proceedings and separate the institute of providing in a CPC of Ukraine. Separating and systematization of these provisions will allow to theoretically solve the problem of unequal applications of provision in civil proceedings, to determine the grounds and procedure for providing various requirements, including requirements of monetary and non-monetary nature.

#### **4) the harmonization of civil procedural legislation of Ukraine with the EU Directives (including Directive number 2013/11 / EU of 21 May 2013 on alternative ways of resolving consumer disputes<sup>17</sup>, Directive 2002/8 / EC of 27 January 2003 on legal assistance<sup>18</sup>, Directive**

---

establishing the obligation to carry out certain actions; 4) prohibition to others to make payments or transfer the property to the defendant or the performance of other related to him obligations; 5) stop of the distress sale, if a claim on ownership of the property or on excluding it from the description is filed; 6) stop the recovery on the basis of executive document claimed by the debtor in court; 7) the transferring of the thing that is in dispute to the deposit of others. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/print1371132704516576>.

<sup>16</sup>Letter of Intent, Memorandum of Economic and Financial Policies, and Technical Memorandum of Understanding [Electronic resource]. — Mode of access : <https://www.imf.org/external/np/loi/2015/ukr/072115.pdf>.

<sup>17</sup>Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC [Electronic resource]. — Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:EN:PDF>.

<sup>18</sup>Council Directive 2002/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes [Electronic resource]. — Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32003L0008>.



№ 2009/22 / EC of 23 April 2009 on injunctions for Consumer Protection <sup>19</sup>), and other recommendations on the harmonization of civil procedural laws of the Member States (particularly the Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law <sup>20</sup> et al.).

Creating the necessary basis for resolving cross-border disputes will provide an opportunity to introduce a single procedure for resolving cross-border civil and commercial matters in Ukraine and the EU (*European Civil Procedure*) to provide of deep and comprehensive free trade area. At this development stage of relations between Ukraine and the EU the scientific concept of civil harmonization process of the EU and national civil procedural legislation is of great interest.

The development of relations between Ukraine and the EU requires the establishment of effective protection of their citizens. Reforming the national civil procedural law will ensure the harmonization of the provisions of the EU legislation, with which Ukraine has complied with the provisions of national procedural law. The next stage of harmonization of civil procedure is associated with Ukraine's entry into the EU and the need for further coordination of supranational EU legislation and the legislation of Ukraine, Ukraine's participation in the development of common rules of civil procedure (e.g., *European Regional Rules of Civil Procedure*).

The following court statistics are from the Supreme Specialized Court of Ukraine on civil and criminal matters

**Table 1 - Matters and materials received in the local general courts in the first half of 2014–2015 (by type of justice)**

---

<sup>19</sup> Директива № 2009/22/ЄС від 23 квітня 2009 року про судові заборони на захист прав споживачів (кодифікована версія [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://old.minjust.gov.ua/45878>.

<sup>20</sup> Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law [Electronic resource]. — Mode of access : [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:JOL\\_2013\\_201\\_R\\_NS0013](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:JOL_2013_201_R_NS0013)



Characteristic	Received in the first Semester of 2014	Received in the first Semester of 2015	Dynamics,%
Criminal proceedings	418 036	391 379	- 6,4
Civil proceedings	688 904	595 288	- 13,6
Administrative offenses	399 036	330 649	-17,1
Administrative proceedings	61 848	46 490	- 24,8
<b>TOTAL:</b>	<b>1 567 824</b>	<b>1 363 806</b>	<b>- 13</b>

Table 2 - Matters and materials received in the appeal courts in the first half of 2014–2015 (by type of justice)

Characteristic	Received in the first Semester of 2014	Received in the first Semester of 2015	Dynamics %
Criminal proceedings	74 420	87 553	17,6
Civil proceedings	65 617	59 225	-9,7
Administrative offenses	6 078	5 142	-15,4
<b>TOTAL:</b>	<b>146 115</b>	<b>151 920</b>	<b>4</b>

Table 3 - Matters and materials received in the Supreme Court of Ukraine for Civil and Criminal Matters in the first half of 2014–2015

Category of document	Received in the first Semester of 2014	Received in the first Semester of 2015	Dynamics, %
----------------------	--	--	-------------



in civil proceedings	38 032	31725	- 16,6
in criminal proceedings	11 175	7 308	- 34,6
<b>TOTAL:</b>	<b>49 207</b>	<b>39 033</b>	<b>- 20,7</b>

Table 4 - The average monthly load per judge of the local general court in the first half of 2014–2015 (the number of **working judges** on 01.07.2014 and 01.07.2015)

First Semester	Working staff	Incoming matters and materials	The average monthly load per judge
year 2014	4 507	1 567 824	63,3
year 2015	4 384	1 363 806	56,6

#### Bibliographical list:

1. Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law [Electronic resource]. — Mode of access : [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:JOL\\_2013\\_201\\_R\\_NS0013](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:JOL_2013_201_R_NS0013)

2. Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters [Electronic resource] — Mode of access : [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=17](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=17).

3. Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters [Electronic resource]. — Mode of access : [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=82#mem](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=82#mem).

4. Council Directive 2002/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such



disputes [Electronic resource]. — Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32003L0008>.

5. Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC [Electronic resource]. — Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:EN:PDF>.

6. Letter of Intent, Memorandum of Economic and Financial Policies, and Technical Memorandum of Understanding [Electronic resource]. — Mode of access : <https://www.imf.org/external/np/loi/2015/ukr/072115.pdf>.

7. Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters of 12 December 2012 [Electronic resource]. — Mode of access : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>.

8. Storme M. Approximation of Judiciary Law in the European Union / M. Storme ; Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union europeenne. — Kluwer Dordrecht, 1994. — 225 p. — P. IX.

9. Summary of Treaty [Electronic resource]. — Mode of access : <http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?redirect=true&treatyId=7481>.

10. Буковецька Н. В. Визнання та виконання рішень іноземних судів у Франції / Н. В. Буковецька // Юридична наука. Міжнародне право. — 2011. — № 2. — С. 211–215.

11. Директива № 2009/22/ЄС від 23 квітня 2009 року про судові заборони на захист прав споживачів (кодифікована версія [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://old.minjust.gov.ua/45878>.

12. Єдиний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua>.



13. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. № 2709-IV [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>.

14. Ізарова І.О. Теоретичні засади цивільного процесу ЄС : монографія / І. О. Ізарова. — Київ: ВД Дакор, 2014. — 328 с.

15. Інформаційно-довідкові матеріали до комітетських слухань на тему: «Лібералізація візового режиму між Україною та ЄС» станом на 14.06.2013 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : [comeuroint.rada.gov.ua/komevpoint/doccatalog/document?id=56234](http://comeuroint.rada.gov.ua/komevpoint/doccatalog/document?id=56234).

16. Міжнародний цивільний процес України : навч. посіб. : Практикум / За ред. д-ра юрид. наук, проф. С. Я. Фурси. — Київ : КНТ 2010. — 328 с.



## Neurociencia y juicio jurisdiccional: pasado y presente. ¿Futuro?<sup>1</sup>

(Neuro-science and jurisdiccional procedure: past and present. Future?)

**Jordi Nieva Fenoll**

Professor at the University of Barcelona, Spain

**Resúmen:** Los últimos avances en materia de neurociencia apuntan a una serie de cambios relevantes en el proceso judicial. Con la fMRI y otras técnicas se podrían, teóricamente, determinar patrones de personalidad y enfermedades mentales graves, lo que sería relevante sobre todo para elaborar patrones de conducta peligrosa futura del reo. También se habla de la posibilidad de detectar mentiras.

Sin embargo, todos esos resultados científicos están todavía pendientes de confirmación y de estudios muchísimo más rigurosos. No obstante, en este artículo se fijan los futuros parámetros de respeto a los derechos humanos que debería observar la autorización judicial de estas técnicas, y que son diferentes de los actuales.

**Palabras-clave:** Silencio, autoincriminación, fMRI, mentira, riesgo, detección de mentira

**Abstract:** Recent advances in neurosciences show an important number of significant changes in the judicial process. fMRI and other techniques could theoretically determine patterns of personality and severe mental illness, which would be particularly relevant for developing

---

<sup>1</sup>Esta investigación fue realizada en gran medida con los materiales y en las instalaciones disponibles en el Instituto Max Planck de Luxemburgo. Quisiera agradecer a su personal, y en especial a su Director Burkhard HESS, su apoyo en la citada labor.



future patterns of dangerous behavior. Scientists also talk about the the possibility of detecting deception. However, all these scientific results are not still confirmed and lack much more rigorous study. Nevertheless, in this paper the future parameters of respect for human rights are laid down. The future judicial authorization of these techniques in this respect must be very different from the current one.

**Keywords:** Silence, self-incrimination, fMRI, deception, risk, lie detection

## 1. Introducción: una realidad reciente pero no novedosa

Benjamin LIBET<sup>2</sup> no inició los estudios sobre neurociencia, sino que son muy anteriores. Ni siquiera puede decirse, ya a día de hoy, que sus conclusiones posean importancia alguna en el estudio del Derecho pese al revuelo que generaron no hace tanto<sup>3</sup>. Para resumirlo en una frase, con todo, necesariamente inexacta, “los cerebros no cometen delitos; es la gente quien los comete”<sup>4</sup>. Vayamos por partes<sup>5</sup>.

En primer lugar, hace mucho tiempo que entró en los tribunales el EEG, es decir, el electroencefalograma, que data de principios del siglo XX<sup>6</sup> y que probablemente sea la técnica neurocientífica más básica, pero también más extendida tanto en la medicina como en el

---

<sup>2</sup>LIBET, Benjamin, *Mind time*, Frankfurt 2005. LIBET, B. / FREEMAN, A. / SUTHERLAND, K., *The Volitional Brain: Towards a Neuroscience of Free Will*, Thorverton 1999.

<sup>3</sup>Vid. por todos AAVV (Demetrio Crespo dir.), *Neurociencias y Derecho Penal*, Buenos Aires 2013. RUBIA, Francisco J., *El fantasma de la libertad*, Barcelona 2009. Aavv (Taruffo/Nieva dirs.), *Neurociencia y proceso judicial*, Madrid 2013. DÍAZ ARANA, Andrés Felipe, *Las mentes libres en el Derecho penal*, InDret 1/2016, pp. 1 y ss. PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia*, InDret 2/2011, pp. 1 y ss. FEIJOO sánchez, Bernardo, *Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?*, InDret 2/2011, pp. 1 y ss. PARDO, Michael S. / PATTERSON, Dennis, *Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia*, InDret 2/2011, pp. 1 y ss.

<sup>4</sup>“Brains do not commit crimes; people commit crimes”. MORSE, Stephen J., “Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 3, p. 397.

<sup>5</sup>En general, sobre los usos de la neurociencia en el proceso, vid. JONES, Owen D., “Seven Ways Neuroscience Aids Law”, *Neurosciences and the Human Person: New Perspectives on Human Activities*, 2013, pp. 1 y ss, JONES, Owen D. / WAGNER, Anthony D. / FAIGMAN, David L. / RAICHLE, Marcus E., “Neuroscientists in court”, *14 Nature Reviews Neuroscience* 730 (2013), pp. 730 y ss.

<sup>6</sup>BERGER, Hans, “Über das Elektrenkephalogramm des Menschen”, *Archiv für Psychiatrie und Nervenkrankheiten*, 1929, 87, pp. 527 y ss.





Derecho, estando decididamente difundida en la cultura general de la sociedad. Las muertes cerebrales que tienen lugar en un hospital se diagnostican con un EEG, y no es con otra herramienta con la que se detecta la célebre –y muy discutida<sup>7</sup>– onda P-300<sup>8</sup>. También se ha utilizado, entre otras técnicas, la tomografía axial computerizada (TAC), la tomografía por emisión de positrones (PET) o la tomografía computerizada de emisión monofotónica (SPECT)<sup>9</sup>. Por su parte, la MRI, es decir, la imagen por resonancia magnética, se ve cada vez de manera más frecuente, aunque escasa<sup>10</sup>, en las salas de justicia para acreditar la presencia de daños anatómicos, por ejemplo, en el lóbulo frontal<sup>11</sup>, que habrían hecho perder la capacidad de empatía a una persona, y que por tanto modificarían su discernimiento a la hora de comprender el carácter antijurídico de sus acciones, o incluso a la hora de tener capacidad de evitarlas. Se trata de dos importantes aspectos que veremos seguidamente, y que también hace ya tiempo que se ven en los procesos penales, más frecuentemente para el diagnóstico de una enfermedad mental antes que para la prognosis de comportamiento futuro del reo.

La última novedad más difundida ha sido, como veremos enseguida, la fMRI o imagen por resonancia magnética funcional<sup>12</sup>, que, igual que la magnetoencefalografía (MEG)<sup>13</sup>, tiene la gran ventaja de no requerir la introducción de sustancias en el cuerpo o la exposición a radiación ionizante, al usar simplemente la señal BOLD<sup>14</sup>, detectando el cambio de oxigenación en la sangre a través de las diferencias de magnetismo que provoca ese cambio. Pese a que es la técnica más depurada por su gran resolución espacial –aunque posea muy superior

---

<sup>7</sup>Cfr. GREELY, “Neuroscience, mindreading, and the Courts: the example of pain”, cit. p. 191.

<sup>8</sup>Sobre la andadura de esta prueba en España, vid. LIBANO BERISTAIN, Arantza, “Neurociencia y proceso penal”, Justicia n. 2, 2015, pp. 246 y ss.

<sup>9</sup>MOYA ALBIOL, Luis / ROMERO MARTÍNEZ, Ángel, “El cerebro violento”, MOYA ALBIOL (ed.), *Neurocriminología*, Madrid 2015, pp. 43 y ss.

<sup>10</sup>SHEN, Francis X., “Neuroscience, Mental Privacy, and the Law”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 36, 2, 2013, p. 660.

<sup>11</sup>Como ocurrió en 2010 en el caso de de John McCluskey, análisis neurocientífico que le libró de la pena de muerte. Vid. DENNO, Deborah W., “The myth of the double-edged sword: an empirical study of neuroscience evidence in criminal cases”, *Boston College Law Review*, vol. 56, 2015, p. 494.

<sup>12</sup>Vid. FILIPI, Massimo, *fMRI techniques and protocols*, Totowa NJ 2009.

<sup>13</sup>Que detecta la actividad neuronal a través de los campos magnéticos que producen las corrientes eléctricas del cerebro.

<sup>14</sup>Blood Oxygen Level Dependent.



resolución temporal la MEG<sup>15</sup>–, la misma ha tenido, por así decirlo, menos suerte, porque se está introduciendo a veces en los tribunales simplemente para influenciar a un juez ingenuo<sup>16</sup>. Al analizar la fisiología, visualmente es la prueba más espectacular, porque ilumina partes del cerebro al tiempo que a través de esas imágenes se interpreta la correlación de la iluminación de esa sección cerebral con una acción del individuo. Ello, por ejemplo, permite una mayor precisión en la cirugía para la extracción de tumores cerebrales. Pero también se ha intentado su uso para interpretar a través de las imágenes algunas funciones cognitivas, lo que, dada su espectacularidad, ha favorecido, por desgracia, la publicación ciertamente frecuente de artículos científicamente inaceptables.

Todo ello va a ser objeto de análisis en este trabajo, no desde un punto de vista técnico dado que no soy competente para ello, sino desde una perspectiva jurídica, aunque también puramente lógica. Lo segundo viene al hilo de algunas declaraciones de potencialidades de la neurociencia que no es que sean ciencia–ficción. Es que simplemente son imposibles, no por un insuficiente avance de la ciencia, sino porque por mucho que avanzara, hay aspectos que son sencillamente irrealizables. El cerebro no es un *pendrive* que podamos conectar a un ordenador y leer su contenido. Dicho de otro modo, el cerebro no es una unidad de memoria, ni siquiera un procesador, sino un órgano del cuerpo que no podemos parangonar con nada que actualmente conozcamos, no porque no haya nada más eficiente que el cerebro, puesto que sectorialmente sí lo hay, desde luego, como quedó demostrado, entre otros muchos ejemplos, desde que *Deep Blue* derrotó en alguna ocasión –no exenta de polémica– a KASPAROV. El cerebro es sólo comparable con otro cerebro, porque es un concepto en sí mismo, completamente autorreferencial, como podría ser un hígado o un estómago. Es bueno no olvidarlo para no pasar del terreno de la ciencia al de la literatura fantástica.

---

<sup>15</sup> GOSSERIES, O. / DEMERTZI A. / NOIRHOMME Q. / TSHIBANDA J. / BOLY M. / OP DE BEECK M. / HUSTINX R. / MAQUET P. / SALMON E. / MOONEN G. / LUXEN A. / LAUREYS S. / DE TIÈGE X., “Que mesure la neuro-imagerie fonctionnelle: IRMf, TEP & MEG”, *Revue médicale de Liège*, 2008 May-Jun; 63 (5-6), 231-7.

<sup>16</sup> Vid. MORENO, Joelle Anne, “The Future of Neuroimaged Lie Detection and the Law”, *Akron Law Review*, vol. 42, 3, pp. 731 y 736.



## 2. Usos judiciales de la neurociencia.

La mayoría de dichos usos han sido referidos en el anterior apartado. Corresponde ahora tratarlos por separado advirtiendo ya de que pese a que aportan resultados relevantes, ninguno de ellos es decididamente espectacular, al menos a efectos procesales.

### a. La detección de alteraciones cerebrales que modifican el comportamiento.

En un proceso penal, aunque también en un proceso civil de incapacitación por ejemplo, es muy importante conocer cuáles son las capacidades mentales de un sujeto. En el proceso penal a los efectos de valorar su posible exención –o atenuación– de responsabilidad criminal al amparo de los arts. 20.1 y 21 del Código Penal, como consecuencia de la “*anomalía o alteración psíquica*” que impida al reo “*comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*”. Pero igualmente en el proceso civil de incapacitación, para percibir las “*enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”.

A tales efectos se suelen realizar entrevistas cognitivas que permiten al psicólogo o psiquiatra evaluar el estado mental de la persona. Pero la neurociencia ha abierto un campo complementario a esa evaluación –cuando puede ser útil– con la MRI sobre todo<sup>17</sup>. A través de la misma se dice haber detectado en varios casos que algunas lesiones cerebrales comprometían decisivamente el comportamiento de una persona, hasta el punto de poder determinar su irresponsabilidad<sup>18</sup>. También se ha tenido en cuenta para medir la madurez de un sujeto a esos mismos efectos, lo que por ejemplo salvó en EEUU de la pena de muerte a personas que eran menores en el momento del acaecimiento de los hechos, por considerarse que el cerebro de un adolescente no está lo suficientemente desarrollado como para

<sup>17</sup>Vid. AAVV (MOYA ALBIOL, Luis (dir.)), *Neurocriminología. Psicobiología de la violencia*, Madrid 2015.

<sup>18</sup>BANDES, Susan A., “The promise and Pitfalls of Neuroscience for Criminal Law and Procedure”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 8, 2010, p. 120. MORENO, Joelle Anne, “The Future of Neuroimaged Lie Detection and the Law”, *Akron Law Review*, vol. 42, 3, p. 723.



comprender plenamente la ilicitud de sus actos<sup>19</sup>. Por otra parte, desde 1992 a 2012 DENNO logró identificar en EEUU un número muy reducido aunque no despreciable de procesos en los que se presentó prueba neurocientífica, en concreto 800 casos, de los que un 64,25% se centraron en valorar la presencia de daños cerebrales en el reo<sup>20</sup>. De hecho, los tribunales estadounidenses, siguiendo la línea de la jurisprudencia *Strickland*<sup>21</sup> sobre la debida actuación de los abogados de la defensa, han exigido en ocasiones que dichos abogados hagan uso de los tests neurocientíficos para defender la inocencia de sus clientes<sup>22</sup>.

### **b. Las prognosis de peligrosidad.**

Exactamente igual que se evalúa el estado mental de una persona en el momento del acaecimiento de unos hechos, también se puede plantear un pronóstico sobre su comportamiento futuro utilizándose exactamente las mismas técnicas<sup>23</sup>.

El futuro comportamiento de un reo es algo que trae de cabeza a jueces y psicólogos desde siempre<sup>24</sup>. No solamente a los efectos de emitir decisiones sobre las condiciones penitenciarias del mismo, en relación con sus permisos sobre todo, sino también para decidir medidas tan controvertidas como la vigilancia permanente posterior al cumplimiento de la

---

<sup>19</sup>Vid. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005). Vid. también *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010). Vid. sobre el tema POZUELO PÉREZ, Laura, "Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente", *InDret* 2/2015, pp. 1 y ss.

<sup>20</sup>DENNO, Deborah W., "The myth", cit. p. 501.

<sup>21</sup>*Strickland v. Washington*, 466 U.S. (1984).

<sup>22</sup>DENNO, Deborah W., "The myth", cit. p. 507 y ss.

<sup>23</sup>BANDES, Susan A., "The promise and Pitfalls of Neuroscience for Criminal Law and Procedure", *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 8, 2010, p. 120. DENNO, "The myth", cit. p. 526.

<sup>24</sup>ANDRÉS PUEYO, Antonio / LÓPEZ, S. / ÁLVAREZ, E., *Valoración del riesgo de violencia contra la pareja por medio de la SARA*, *Papeles del Psicólogo*, 2008. Vol. 29(1), pp. 107 y ss. REDONDO ILLESCAS, Santiago / ANDRÉS PUEYO, Antonio, *Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia*, ambos en: *Papeles del psicólogo: revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, Vol. 28, Nº. 3, 2007 (Ejemplar dedicado a: Predicción de la violencia), pp. 157 y ss. ANDRÉS PUEYO, Antonio, *Delincuencia sexual, trastorno mental y peligrosidad*, *Revista Española de Medicina Lega*, 2013, 39, 1-2. CRAIG, L. / BEECH, Ar., *Towards a guide to best practice in conducting actuarial risk assessments with sex offenders*. *Aggress Violent Behav.* 2010, 15:278-93. FAZEL S. / YU, R. *Psychotic disorders and repeat offending: systematic review and meta-analysis*, *Schizophr Bull.* 2011, 37:800-10. REDONDO ILLESCAS, Santiago / PÉREZ, Meritxell / MARTÍNEZ, Marian, "El riesgo de reincidencia en agresores sexuales: investigación básica y valoración mediante el SVR-20", *Papeles del Psicólogo*, n. 3, vol. 28, 2007. ANDRÉS PUEYO, Antonio / ARBACH, Karin, "Valoración del riesgo de violencia en enfermos mentales con el HCR-20", *Papeles del Psicólogo*, n. 3, vol. 28, 2007.



pena. Pero quizás el escenario en que todo ello es más comprometido es en materia de tutela cautelar, con el fin de averiguar el riesgo de fuga, de destrucción de pruebas o de reiteración delictiva que tiene el sujeto<sup>25</sup>. El análisis neurocientífico, habitualmente, sólo podrá centrarse en este último y no plenamente.

La razón es que, como veremos después, la pregunta “¿volverá a hacerlo?” tiene una respuesta verdaderamente imprecisa. La MRI sólo va a evaluar posibles patrones de personalidad, igual que la entrevista de un psicólogo, pero no puede garantizar que el sujeto volverá a cometer o no el delito. No obstante, por la accesibilidad en la realización de la prueba y su carácter no excesivamente invasivo, es posible que los análisis en esta materia se puedan hacer mucho más frecuentes en el futuro, conforme vaya avanzando la experimentación en este campo.

### c. La detección de mentiras.

En el ámbito en el que el estudio neurocientífico ha cosechado mayor atención, pero también mayores críticas<sup>26</sup>, ha sido en materia de evaluación de la sinceridad. Se han hecho cada vez más comunes expresiones como *Brain Fingerprinting* o huella cerebral –que utiliza sobre todo el EEG–, y se ha despertado un pánico probablemente injustificado<sup>27</sup> en una parte de la doctrina sobre la posibilidad de que una máquina pudiera leer nuestros pensamientos.

Sin embargo, las posibilidades de la tecnología son, hasta la fecha, no sólo limitadas, sino a decir verdad limitadísimas, cuando no meramente especulativas. Se ha utilizado, por una parte, el EEG para rastrear la onda P-300, llamada así porque se produce aproximadamente 300

<sup>25</sup>Sobre el tema, vid. NIEVA FENOLL, Jordi, *Hacia una nueva configuración de la tutela cautelar*, Diario La Ley, n. 8773, 1-6-2016.

<sup>26</sup>Vid. KAHN, “Neuroscience, Sincerity and the Law”, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2/2015, p. 204. Cfr. HAKUN, J. G. / RUPAREL, K. / SEELIG, D. / BUSCH, E. / LOUGHEAD, J. W. / GUR, R. C. / LANGLEBEN, D. D., *Towards clinical trials of lie detection with fMRI*, *Social Neuroscience*, 2009, Vol. 4, 6, pp. 518 y ss. MORENO, “The Future of Neuroimaged Lie Detection and the Law”, cit. p. 732. SCHLEIM, Stephan, “Bildgebende Verfahren der Neurowissenschaften in der strafrechtlichen Ermittlungspraxis: Eine kritische Perspektive auf den Stand der Forschung” en: Stephan Barton, Ralf Kölbel, Michael Lindemann (dir.), *Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens*, p. 370.

<sup>27</sup>Vid. MORSE, Stephen J., “Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience”, *Marquette Law Review*, 2015, vol. 99, pp. 39 y ss. SHEN, “Neuroscience, Mental Privacy, and the Law”, cit. p. 656.



milisegundos después de que el sujeto es expuesto al estímulo. Por su parte, la fMRI se utiliza, como ya se ha dicho, para descubrir los cambios de la oxigenación en el flujo sanguíneo cerebral y el consiguiente magnetismo para observar qué zonas se activan cuando el sujeto piensa o realiza una acción.

Con la onda P-300 se trata de buscar una reacción eléctrica del cerebro al observar un hecho, lugar o persona ya conocido. Al parecer, si el sujeto observa algo que ya ha visto y retenido en su memoria –esto segundo es muy importante–, se activaría dicha onda P-300, de manera que aunque el sujeto dijera que no sabe nada del hecho, su cerebro revelaría que sí lo recuerda.

Explicado así, ciertamente parece espectacular, pero esa explicación, que es la que habitualmente se ofrece, adolece de muchísimas carencias que veremos en los próximos párrafos. Avancemos ahora solamente que la experimentación sobre dicha onda dista todavía de ser satisfactoria a efectos científicos.

Con la fMRI lo que se obtiene es todavía más impactante. Con este método, teóricamente, podría evaluarse si un sujeto miente conscientemente. Se trataría de una especie de polígrafo del siglo XXI, pese a que ya se puede avanzar, con reserva de lo que luego se explicará, que su fin puede acabar siendo idéntico al del polígrafo<sup>28</sup> –es decir, decepcionante– y probablemente por las mismas razones de fondo, que se manifiestan en un doble error. En primer lugar, la mentira no siempre provoca reacciones físicas. Es un error de base pensar que el esfuerzo cognitivo de mentir siempre es más intenso que el de decir la verdad<sup>29</sup>. En no pocas ocasiones puede suceder exactamente lo contrario, cuando se intenta hacer una declaración veraz sin pasar nada por alto, es decir, cuidando de no generar falsos recuerdos.

---

<sup>28</sup>Es decir, una completa frustración. Vid. NATIONAL RESEARCH COUNCIL (Committee to Review the Scientific Evidence on the Polygraph), *The polygraph and lie detection*, 2003, pp. 212 y ss.

<sup>29</sup>Vid. al respecto BURGOON, Judee K., “When is Deceptive Message Production More Effortful than Truth-Telling? A Baker’s Dozen of Moderators”, *Front. Psychol.*, 24-12-2015. <http://journal.frontiersin.org/article/10.3389/fpsyg.2015.01965/full>. SPORER, Siegfried L., “Deception and Cognitive Load: Expanding Our Horizon with a Working Memory Model”, *Front. Psychol.*, 7-4-2016. <http://journal.frontiersin.org/article/10.3389/fpsyg.2016.00420/full>. Cfr. PARDO, “Neuroscience Evidence, Legal Culture, and Criminal Procedure”, cit. pp. 312, 314. SCHLEIM, “Bildgebende Verfahren der Neurowissenschaften in der strafrechtlichen Ermittlungspraxis: Eine kritische Perspektive auf den Stand der Forschung”, p. 387.



Pero en segundo lugar, es preciso no olvidar que el concepto de “mentira” es igual que el de “verdad”: un concepto filosófico. No existe realmente una noción objetiva de mentira, y ello, aunque sea claramente contraintuitivo, condiciona todo este estudio. No quiere decirse con ello que en un proceso no pueda alcanzarse la “verdad”, o que no pueda concluirse que lo dicho por un testigo es “mentira”. La cuestión es que ambas nociones no son conceptos de la precisión necesaria como para poder realizar una observación experimental, sin más, sobre los mismos. Lo veremos después.

En todo caso, la precipitación en la publicación<sup>30</sup> de los resultados de estas pruebas y, sobre todo, la comercialización de las mismas por parte de alguna empresa a servicio de reos que buscan desesperadamente una absolución, han situado, por desgracia e injustamente, a este sector del saber al borde de la categoría de pseudociencia<sup>31</sup>. Ciertamente, ni el EEG ni la fMRI tienen nada que ver con la parapsicología o las terapias alternativas, pero la manipulación de las conclusiones de esas pruebas puede conducir a esos científicos irremediabilmente a ese mismo destino.

### 3. Limitaciones técnicas de la neurociencia.

Como se ha dicho, las limitaciones de todo lo indicado son incuestionables. Ante la euforia desatada de algunos estudiosos, se ha llegado a hablar irónicamente del “*Brain Overclaim Syndrome*”<sup>32</sup> (BOS) como enfermedad de la que estarían afectados. Con todo, los estudios sobre los daños cerebrales a través de la MRI sí han presentado con éxito –sobre todo en el proceso judicial– evidencia científica de que un sujeto tenía su comportamiento condicionado por dichas lesiones.

---

<sup>30</sup>Vid. el enorme aumento de publicaciones sobre derecho y neurociencia desde 2006 en JONES / WAGNER / FAIGMAN / RAICHLE, “Neuroscientists in court”, cit. p. 731.

<sup>31</sup>Vid. algunos de los títulos que reproduce MOORE, Adam D., *Privacy, Neuroscience, and Neuro-Surveillance*, 13-4-2016 pp. 1-2. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2764437](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2764437).

<sup>32</sup>MORSE, “Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note”, cit. pp. 397 y ss. Vid. también MAERO, Fabián, “Cuando las neurociencias engañan”, en [http://www.psyciencia.com/2016/30/cuando-las-neuroimagenes-enganan-una-entrevista-investigador/?utm\\_content=bufferf72ab&utm\\_medium=social&utm\\_source=facebook.com&utm\\_campaign=buffer](http://www.psyciencia.com/2016/30/cuando-las-neuroimagenes-enganan-una-entrevista-investigador/?utm_content=bufferf72ab&utm_medium=social&utm_source=facebook.com&utm_campaign=buffer), 30-6-2016.



En concreto, en EEUU las patologías en el lóbulo frontal libraron a McCluskey de la pena de muerte, tras haber sido declarado culpable de disparar sobre una pareja que estaba en un automóvil y haber incendiado el vehículo<sup>33</sup>. Un EEG que evidenciaba daños cerebrales<sup>34</sup> sirvió a otro reo (Nelson) para eludir igualmente la pena capital tras haber apuñalado a su mujer 60 veces y haber matado igualmente a sus hijastros<sup>35</sup>. Ambos casos son de 2010. También se han presentado como atenuantes daños cerebrales derivados del abuso de sustancias, enfermedades psicóticas, accidentes, tumores o golpes<sup>36</sup>, utilizando alguna de las técnicas de diagnóstico antes citadas. En 2012, con Simmons<sup>37</sup> –acusado de apuñalamiento y lesiones con resultado de muerte de una mujer– se utilizó un PET que reveló daños cerebrales provenientes probablemente de un ahogamiento sufrido en la niñez y de un consumo abusivo de sustancias durante la adolescencia, que habrían propiciado un deficiente funcionamiento del tálamo –una parte del encéfalo–, que está relacionada con el autocontrol de conductas violentas o inapropiadas. En el caso Bryan fue utilizada una SPECT que evidenciaba un relevante daño cerebral que propiciaba el trastorno paranoide del reo<sup>38</sup>. Se ha utilizado también la MRI para medir el tamaño, forma y densidad de las estructuras cerebrales en personas enfermas de Alzheimer, por ejemplo<sup>39</sup>.

Pero como dice MORSE en un análisis demoledor, “*no tenemos ni idea de cómo el cerebro activa la mente o por qué la actuación humana es posible*”<sup>40</sup>. Y no sólo eso, sino que los análisis a través de la fMRI son todavía demasiado recientes como para deducir consecuencias jurídicas de los mismos<sup>41</sup>. Además, como afirma el mismo autor, ningún criminal lleva

---

<sup>33</sup>DENNO, “The myth”, cit. p. 494.

<sup>34</sup>Vid. también, utilizando la misma técnica, Stankewitz v. Wong, 29-10-2012. <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2012/10/29/10-99001.pdf>. DENNO, “The myth”, cit. p. 523.

<sup>35</sup>DENNO, “The myth”, cit. p. 495.

<sup>36</sup>DENNO, “The myth”, cit. p. 504.

<sup>37</sup>DENNO, “The myth”, cit. p. 516. El caso tiene la siguiente referencia: Supreme Court of Florida, Eric Simmons v. State of Florida, 18-12-2012. <http://www.floridasupremecourt.org/decisions/2012/sc10-2035.pdf>.

<sup>38</sup>DENNO, “The myth”, cit. p. 536.

<sup>39</sup>GREELY, “Neuroscience, mindreading, and the Courts: the example of pain”, cit. p. 181.

<sup>40</sup>“*We have no idea how the brain enables the mind or how action is possible*”. MORSE, “Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience”, cit. p. 59.

<sup>41</sup>MORSE, “Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience”, cit. p. 59.





incorporado un ingenio de neurodetección en el momento de la comisión del delito<sup>42</sup>, por no hablar, continúa MORSE, de que ninguna técnica ha desarrollado realmente un marcador específico para detectar una patología psiquiátrica, y ni siquiera para inferir una falta de racionalidad o autocontrol en el sujeto que establezca una propensión a haber cometido un delito, si bien se abre la posibilidad de análisis en cuanto a las prognosis de futuro comportamiento o del discernimiento actual de la persona, porque se basan en la evaluación del sujeto en el momento presente<sup>43</sup>.

Una de las razones de estas deficiencias es la dificultad del estudio de campo. Los análisis fMRI son caros<sup>44</sup> y lentos, y para tener suficiente evidencia estadística habrían de comprender un gran número de sujetos escogidos al azar —y no de un mismo ámbito— que no se ha podido cubrir hasta el momento<sup>45</sup>.

Además, una dificultad añadida se centra en el problema de la “validez ecológica” de las conclusiones. Los estudios realizados se llevan a cabo en situaciones de laboratorio, y no en sucesos de la vida real como los que llegan a los tribunales, lo que provoca que, además, no estén contrastados los resultados<sup>46</sup>. En definitiva, los análisis no demuestran no sólo que la actividad de una región cerebral sea un marcador adecuado para provocar o predisponer para una conducta, sino que puede ser un área implicada en comportamientos diametralmente opuestos, como el afecto y el odio<sup>47</sup>. Finalmente, se produce un problema casi siempre presente en la investigación científica: las conclusiones se basan en un cálculo comparativo estadístico<sup>48</sup> y, por tanto, probabilístico, fundamentado en los datos derivados del análisis de un grupo de sujetos, sin saber en qué medida la comparación es realmente posible teniendo en cuenta el área del cerebro activada<sup>49</sup>. Todo ello aconsejaría, de momento, al menos a efectos

---

<sup>42</sup>MORSE, “Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience”, cit. p. 60.

<sup>43</sup>MORSE, “Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience”, cit. p. 60, nota 48.

<sup>44</sup>Unos \$1.000/hora. GREELY, “Neuroscience, mindreading, and the Courts: the example of pain”, cit. p. 194.

<sup>45</sup>MORSE, “Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience”, cit. p. 60.

<sup>46</sup>MORSE, “Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience”, cit. p. 61.

<sup>47</sup>MORSE, “Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience”, cit. p. 61.

<sup>48</sup>SCHLEIM, “Bildgebende Verfahren der Neurowissenschaften in der strafrechtlichen Ermittlungspraxis: Eine kritische Perspektive auf den Stand der Forschung”, p. 374.

<sup>49</sup>MORSE, “Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience”, cit. p. 62.



legales, que, pese a sus múltiples imprecisiones, se siga acudiendo a los análisis conductuales de psicólogos y psiquiatras, no dando por hecho que una anomalía cerebral determina un comportamiento si a la luz del análisis conductual no se ha detectado ninguna anomalía en el sujeto<sup>50</sup>. Lo mismo sucede, al parecer –y siempre de momento– con la llamada “neurociencia del dolor”<sup>51</sup> y hasta con la detección de enfermedades psicóticas, dado que las diferencias entre el cerebro de un enfermo y el de un sujeto sano, aunque existen estadísticamente y son relevantes, son todavía demasiado pequeñas<sup>52</sup>.

Pero sin duda, las más controvertidas han sido las técnicas de detección de mentiras. Aunque el mismo MORSE es más optimista con respecto al futuro –que no al presente– de las mismas<sup>53</sup>, muchos autores opinan justamente lo contrario<sup>54</sup>, y hasta se ha demostrado que es posible entrenarse para engañar a la fMRI<sup>55</sup>. Se la ha denominado incluso, de manera exagerada y quizás impropia, aunque gráfica, “ordalía de las ondas de radio”<sup>56</sup>.

Los análisis parten de la posible identificación de una actividad superior en la corteza prefrontal –el área relacionada por muchos con la ética<sup>57</sup>– cuando un sujeto miente<sup>58</sup>. Se han

---

<sup>50</sup>MORSE, “Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience”, cit. p. 62.

<sup>51</sup>MORSE, “Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience”, cit. p. 63. Cfr. GREELY, Henry T., “Neuroscience, mindreading, and the Courts: the example of pain”, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 18, 2015, pp. 179 y ss.

<sup>52</sup>MORSE, “Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience”, cit. p. 66.

<sup>53</sup>MORSE, “Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience”, cit. p. 71.

<sup>54</sup>KAHN, Jonathan, “Neuroscience, Sincerity and the Law”, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 3, 2, 2015, p. 204. GREELY, Henry T. / WAGNER, Anthony D., *Reference Guide on Neuroscience*, en: “NATIONAL RESEARCH COUNCIL (FEDERAL JUDICIAL CENTER), *Reference Manual of Scientific Evidence*”, 3ª ed. Washington D.C. 2011, p. 803. PARDO, Michael S., “Neuroscience Evidence, Legal Culture, and Criminal Procedure”, *American Journal of Criminal Law*, vol. 33, 2006, p. 306.

<sup>55</sup>GANIS, Giorgio, ROSENFELD, J. Peter, MEIXNER, John, KIEVIT, Rogier A., SCHENDAN, Haline E., *Lying in the scanner: Covert countermeasures disrupt deception detection by functional magnetic resonance imaging*, *NeuroImage* 55, 2011, pp. 312 y ss.

<sup>56</sup>KAHN, “Neuroscience, Sincerity and the Law”, p. 209.

<sup>57</sup>DEYOUNG C. G., HIRSH J. B., SHANE M. S., PAPADEMETRIS X., RAJEEVAN N., GRAY J. R., “Testing predictions from personality neuroscience”. *Psychological Science*, 2010, 21, 6: pp. 820 y ss. YANG Y. / RAINE, A., “Prefrontal structural and functional brain imaging findings in antisocial, violent, and psychopathic individuals: a meta-analysis”, *Psychiatry Research*, 2009, 174, 2.

<sup>58</sup>PARDO, “Neuroscience Evidence, Legal Culture, and Criminal Procedure”, cit. p. 307, 310. MASIP, Jaume / HERRERO, Carmen, “Nuevas aproximaciones en detección de mentiras I y II”, *Papeles del Psicólogo*, 2015, vol. 36 (2), p. 91.



realizado algunos estudios más espectaculares que prometedores<sup>59</sup>, como el que dirigió GALLANT en la Universidad de Berkeley mostrando diversos vídeos de Youtube a algunos voluntarios mientras eran sometidos a una fMRI. Lo sorprendente es que los investigadores lograron adivinar con bastante precisión, en un segundo análisis a ciegas, qué vídeo estaba viendo el voluntario. Es fácil inferir de esa experiencia que podríamos ser capaces en un futuro de saber qué imagina una persona en estado vegetativo<sup>60</sup>, lo que teóricamente podría posibilitar comunicarse con él, pero todo ello resulta manifiestamente excesivo en la actualidad.

Lo cierto es que de unos cambios de oxigenación en determinadas áreas del cerebro no es fácil inferir un estado mental subjetivo<sup>61</sup>, y en ningún caso puede inferirse, por imposibilidad manifiesta, un estado mental del pasado<sup>62</sup>. En los experimentos relacionados con el dolor se ha tratado de infligir dicha sensación al voluntario para observar su reacción cerebral mientras decía sufrir malestar. Lo mismo se hace cuando se le pide que mienta<sup>63</sup>. Pero el problema vuelve a ser el mismo de antes. Cada cerebro es distinto, de manera que es difícil que dos cerebros reaccionen de la misma forma a un mismo estímulo<sup>64</sup>. E incluso analizando solamente el cerebro de esa persona para establecer un patrón de reacciones, hay que suponer la sinceridad del sujeto al determinar dicho patrón, antes de iniciar el test de sinceridad en sí, lo que resulta casi imposible, al menos en el ámbito judicial.

Por otra parte, tampoco debe olvidarse que la declaración en sede judicial prácticamente nunca se realiza en condiciones de total tranquilidad, y mucho menos de absoluta sinceridad. Cualquier declarante intenta dar una buena impresión, lo que conlleva que va a realizar un esfuerzo retórico que le llevará a ocultar, maquillar o añadir información, incluso pretendiendo ser sincero. Sin entrar en la interesante temática de los falsos recuerdos,

---

<sup>59</sup>ANWAR, Yasmin, "Scientists use brain imaging to reveal the movies in our mind", *Berkeley News*, 22-9-2011. <http://news.berkeley.edu/2011/09/22/brain-movies/>

<sup>60</sup>GREELY, "Neuroscience, mindreading, and the Courts: the example of pain", cit. pp. 187 y ss.

<sup>61</sup>KAHN, "Neuroscience, Sincerity and the Law", p. 210. GREELY, "Neuroscience, mindreading, and the Courts: the example of pain", cit. p. 180.

<sup>62</sup>Importante precisión a efectos procesales de KAHN, "Neuroscience, Sincerity and the Law", p. 213.

<sup>63</sup>GREELY, "Neuroscience, mindreading, and the Courts: the example of pain", cit. p. 180.

<sup>64</sup>GREELY, "Neuroscience, mindreading, and the Courts: the example of pain", cit. p. 182.



que también son mentiras –por cierto, las más frecuentes–, o bien de que en no pocas ocasiones consideran algunas personas que lo ético no es decir la verdad, sino precisamente mentir, es verdaderamente difícil que un declarante sincero no mienta en absoluto. Es más, incluso si pretendiera realizarse una declaración sometido a una fMRI formulándole una sola pregunta, la que se considerara pregunta clave del proceso, es posible que ese aislamiento informativo en la pregunta formulada acabara por sesgar la información que se obtuviera.

Además, no se debe perder de vista un hecho importante. La fMRI ni identifica ni puede identificar conceptualmente una mentira, que como ya se dijo antes no pasa de ser un concepto filosófico, sino que en todo caso podría intentar establecer los procesos cognitivos y emocionales que están asociados al hecho de mentir<sup>65</sup>, lo que no quiere decir, lógicamente, que un aumento de la actividad cerebral en un determinado sector implique necesariamente que la persona está mintiendo, porque vuelvo a insistir en que el concepto de mentira es filosófico. Cuando se observa el camino que ha tomado esta investigación, su trayectoria recuerda un poco a la histórica búsqueda de confesiones en el proceso penal, que aún perdura –incomprensiblemente– hoy en día. Lo eficaz, aunque también más complejo, es investigar los hechos a través de los vestigios, y lo más “sencillo”, en apariencia, es buscar una confesión, aunque también lo que más puede alejar de la realidad. El enfoque futuro de este estudio debiera encaminarse, por tanto, no a la localización de la “mentira” en sí, sino a la averiguación de los hechos sin depender de esa localización<sup>66</sup>, materia en que las neurociencias pueden ayudar muchísimo determinando los patrones conductuales del sujeto, más que estableciendo si está “mintiendo” aquí y ahora.

Se ha realizado también investigación en el terreno de determinar si una persona tenía el pensamiento de reconocer un lugar, o una cara. En este sentido, parece que en la experimentación de laboratorio se ha podido predecir, usando la fMRI, si el voluntario pensaba

---

<sup>65</sup>TONG, Frank / PRATTE, Michael S., *Decoding Patterns of Human Brain Activity*, vol. 63, Annual Review of Psychology, 2012, p. 502. Vid. también pp. 497 y ss.

<sup>66</sup>Cfr. Las interesantes reflexiones y propuestas de MASIP / HERRERO, “Nuevas aproximaciones en detección de mentiras II”, cit. pp. 96 y ss.



reconocer la cara, pero no si la reconocía realmente<sup>67</sup>. Lo mismo se ha hecho con el EEG y la onda P-300, aunque la dificultad consiste en determinar si efectivamente el voluntario reconoce lo que está viendo, o simplemente llama su atención<sup>68</sup>. El problema, por tanto, es análogo al dilema conceptual de la mentira que se acaba de mencionar.

No obstante, en relación con la fMRI, como ya se ha dicho su uso fue comercializado por dos empresas<sup>69</sup>, una de las cuales ya no se dedica a ello. El problema de este estudio es exactamente el mismo que antes: su “validez ecológica”, es decir, su acierto más allá de las circunstancias de un laboratorio con un grupo muy reducido –de 4 a 30– de voluntarios<sup>70</sup>. Y que además, como destaca KAHN<sup>71</sup>, los experimentos suelen adolecer del “problema W.E.I.R.D.”, iniciales en lengua inglesa de “occidental”, “formado”, “industrializado”, “rico” y “democrático”<sup>72</sup>, que son la mayoría de los sujetos voluntarios en estos experimentos, cuyos resultados se extrapolan a todo el mundo<sup>73</sup>. Considerando la diversidad de la población mundial, estos sujetos en realidad son, como sugiere la palabra “weird”, una auténtica rareza.

En definitiva, no hace falta llegar a la *boutade* de someter a fMRI a un salmón muerto al que se le fueron mostrando una serie de imágenes de personas, detectando que el salmón efectivamente “pensaba” al ser expuesto ante las imágenes<sup>74</sup>. Las limitaciones técnicas de estas pruebas son absolutamente evidentes, incluso para un profano en la materia, y no pasarían los estándares de calidad probatoria que veremos a continuación. Todavía se mueven en un terreno excesivamente especulativo, aunque esa realidad puede cambiar en un futuro, naturalmente.

---

<sup>67</sup>GREELY, “Neuroscience, mindreading, and the Courts: the example of pain”, cit. p. 190.

<sup>68</sup>GREELY, “Neuroscience, mindreading, and the Courts: the example of pain”, cit. pp. 190-191.

<sup>69</sup>No Lie MRI (<http://www.noliemri.com/>) y Cephos (<http://www.cephoscorp.com/>) Es ésta segunda la que ya no utiliza la técnica.

<sup>70</sup>GREELY, “Neuroscience, mindreading, and the Courts: the example of pain”, cit. pp. 192-194. Vid. también SCHLEIM, “Bildgebende Verfahren der Neurowissenschaften in der strafrechtlichen Ermittlungspraxis: Eine kritische Perspektive auf den Stand der Forschung”, pp. 381 y ss.

<sup>71</sup>KAHN, “Neuroscience, Sincerity and the Law”, p. 209.

<sup>72</sup>Western, Educated, Industrialized, Rich, Democratic.

<sup>73</sup>Vid. PARDO, “Neuroscience Evidence, Legal Culture, and Criminal Procedure”, cit. p. 315.

<sup>74</sup>BENNETT, Craig M. / BAIRD, Abigail A. / MILLER, Michael B. / WOLFORD, George L., “Neural correlates of interspecies perspective taking in the post-mortem Atlantic Salmon: An argument for multiple comparisons correction”. <http://prefrontal.org/files/posters/Bennett-Salmon-2009.pdf>.



#### 4. Limitaciones probatorias de la neurociencia.

Todo lo descrito entra dentro del ámbito de la prueba pericial. La misma siempre ha sido de valoración muy compleja, dado que al no tener el juez los conocimientos técnicos que se le atribuyen al perito, difícilmente puede hacer un contraste de la corrección de las conclusiones de su dictamen, lo que conduce irremediablemente a su plena y acrítica aceptación, o a su inmotivado rechazo<sup>75</sup>. En ambos casos, la valoración de la prueba no se produce en realidad.

Por fortuna, en los años noventa del siglo XX el Tribunal Supremo Federal de los EEUU desarrolló en una serie de tres sentencias una jurisprudencia conocida con el nombre de una de las partes del primer proceso: DAUBERT<sup>76</sup>. En dicha jurisprudencia<sup>77</sup>, que acabó produciendo la reforma del art. 702 de las *Federal Rules of Evidence* en 2011<sup>78</sup>, se intentó resolver la dificultad planteada: cómo valorar una prueba sobre la que el juez no posee conocimientos suficientes. En EEUU se produce además el inconveniente añadido de que el proceso penal suele juzgarse por un jurado si el reo no renuncia al mismo –VI Enmienda–, lo que plantea el problema de que las partes se valgan de pruebas periciales muy vistosas o espectaculares –como son las periciales derivadas de fMRI o MRI sobre todo–, pero que en realidad no estén respaldadas por la debida experimentación. De ese modo, el Tribunal Supremo puso a disposición de los jueces cinco criterios de calidad para que inadmitieran la prueba que no los cumpliera, con la finalidad de que no impresionara al jurado. Dichos cinco criterios son los siguientes:

---

<sup>75</sup>Vid. más extensamente NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, pp. 285 y ss.

<sup>76</sup>Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997) y Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999).

<sup>77</sup>Que desarrolló el estándar *Frye* de 1923.

<sup>78</sup>**Rule 702. Testimony by Expert Witnesses.** A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:

(a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;

(b) the testimony is based on sufficient facts or data;

(c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and

(d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.



1. Que la técnica haya sido elaborada siguiendo el método científico, es decir, que haya sido verificada empíricamente, lo que incluye intentos de falsificación y refutación.
2. Que la técnica empleada haya sido objeto de revisión por parte de otros expertos y haya sido publicada.
3. Indicación del grado de error de la técnica.
4. Existencia del mantenimiento de estándares y controles sobre la fiabilidad de la técnica.
5. Repitiendo el estándar *Frye* de 1923, consenso en la comunidad científica sobre la técnica empleada.

Con todo lo que se acaba de decir, es obvio que la evidencia neurocientífica que intenta establecer daños cerebrales que pueden propiciar patrones conductuales, a duras penas cumple dichos criterios, dado que parece claro que la neurociencia ha conseguido determinar las funciones aproximadas de las diversas áreas del cerebro, pero es todavía aventurado afirmar que una determinada lesión o particularidad anatómica de una de estas secciones esté sistemática y directamente relacionada con un determinado comportamiento. Por ello, este análisis, por ahora, siempre es complementario del estudio conductual tradicional de psicólogos y psiquiatras que, pese a la existencia del DSM-5<sup>79</sup>, también tiene carencias e imprecisiones. Pero a pesar de [-1aestas limitaciones, como ya vimos, los tribunales han admitido esas periciales neurocientíficas en estos casos<sup>80</sup>, siguiendo el hilo de la jurisprudencia *Strickland*<sup>81</sup>. Habría que advertir muy seriamente de que, por muy espectaculares que parezcan, no se atribuya a estas pruebas una credibilidad absoluta por parte de los jueces, sino que las

---

<sup>79</sup>Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-5. Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales*, 2014.

<sup>80</sup>DENNO, Deborah W., "The myth", cit. p. 507 y ss.

<sup>81</sup>*Strickland v. Washington*, 466 U.S. (1984).



valoren conjuntamente con el resto de elementos obrantes en la causa, entre ellos el resultado de los análisis conductuales.

Sin embargo, en relación con la detección de mentiras, en EEUU los tribunales han rechazado la validez del fMRI por no cumplir, obviamente, con el estándar DAUBERT<sup>82</sup>. De hecho, el tribunal del caso *Semrau* se basó sobre todo en el estándar *Frye* para establecer su conclusión, que deriva del resto de criterios si el disenso en la comunidad científica es medianamente serio<sup>83</sup>. Después de lo indicado en el apartado anterior solamente resta subrayar la corrección *rebus sic stantibus* de esta conclusión.

## 5. Posibles limitaciones constitucionales sobre la neurociencia.

Aunque todo lo señalado tiene indudable relevancia jurídica, el estudio de este epígrafe es el más importante, dada la afectación de derechos fundamentales que va a estudiarse<sup>84</sup>. Para poder configurarlo es necesario entender, aunque sea provisionalmente, que las conclusiones basadas en el estudio de las lesiones cerebrales es realmente eficaz, y que el mismo, desde luego, puede ser utilizado con finalidades de descargo, como suele ser el caso, pero que también puede convertirse en una prueba de cargo si se demuestra que el cerebro del sujeto no está afectado por lesión alguna.

Y con respecto a la virtualidad de la pericia neurocientífica para detectar mentiras, es preciso hacer una prognosis de cómo habría de tratar este tema el Derecho si, en un futuro, tal pericia puede determinar realmente, en más o en menos, la sinceridad de una persona, lo que ahora no es realmente posible.

---

<sup>82</sup>United States v. Semrau. 693 F.3d 510 (2012). <http://www.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/12a0312p-06.pdf>

<sup>83</sup>Vid. también, en el mismo sentido, MORENO, “The Future of Neuroimaged Lie Detection and the Law”, cit. pp. 724-725.

<sup>84</sup>Sobre el tema vid. ampliamente LIBANO BERISTAIN, Arantza, “Neurociencia y proceso penal”, Justicia n. 2, 2015, pp. 249 y ss.





Las conclusiones al respecto de la doctrina son contrastantes y necesariamente futuristas, existiendo una evidente controversia que, más que nada, revela lo reciente de los estudios sobre la materia<sup>85</sup>.

**a. El derecho a guardar silencio y a no aportar pruebas contra uno mismo.**

Supongamos que el sujeto se niega a declarar y también a someterse a una prueba neurocientífica que fuera eficaz para detectar su sinceridad. ¿Se vería con ello afectado su derecho a guardar silencio? Pongamos por caso que el reo se niega a someterse a una MRI para averiguar su anatomía cerebral. ¿Iría ello en contra del derecho a no aportar pruebas contra uno mismo?<sup>86</sup>

El problema no es nuevo. El Tribunal Supremo Federal de EEUU despachó la cuestión creando el estándar *Frye* en el caso del polígrafo, jurisprudencia que mantuvo durante ochenta años<sup>87</sup> hasta que el uso del polígrafo fue descartado científicamente<sup>88</sup>. Pero con ello orilló la cuestión central sobre el derecho a guardar silencio<sup>89</sup>, es decir, sobre si el polígrafo era compatible o no con dicho derecho.

No debe perderse de vista que dicho derecho nació históricamente en la Inglaterra del siglo XVII<sup>90</sup> para evitar las torturas y todo tipo de presiones al reo para forzarle a una confesión. Desde entonces, conforme han ido surgiendo nuevos medios de investigación en el proceso penal, ha ido ganando terreno la tendencia que mantiene que el tribunal, o hasta la propia policía, podría acceder a los vestigios biológicos del reo, dado que para ello no es relevante su

---

<sup>85</sup>Un útil resumen de opiniones doctrinales puede ser localizado en SHEN, “Neuroscience, Mental Privacy, and the Law”, cit. pp. 694 y ss.

<sup>86</sup>Sobre el tema, vid. ampliamente LIBANO BERISTAIN, “Neurociencia y proceso penal”, p. 253.

<sup>87</sup>United States v. Scheffer, 523 U.S. 303 (1998).

<sup>88</sup>NATIONAL RESEARCH COUNCIL (Committee to Review the Scientific Evidence on the Polygraph), *The polygraph and lie detection*, 2003, pp. 212 y ss.

<sup>89</sup>Sobre el mismo, por todos, ORMAZABAL SANCHEZ, *El derecho a no inculparse*, Madrid, 2015, p. 39.

<sup>90</sup>Vid. MERKEL, Laura, “Apuntes clave sobre el origen, sentido y futuro del derecho al silencio”, *Justicia* 2016, 1, en prensa.



voluntad, en el sentido de que cabe obtenerlos sin la misma<sup>91</sup>. Por ello, esos vestigios podrían conseguirse sin necesidad de ejercer la más mínima coerción estatal, que es justamente la que intenta evitar el derecho considerado. Dicha tendencia ha sido desarrollada sobre todo con respecto a la prueba de ADN<sup>92</sup>.

Por tanto, el elemento clave que ha determinado hasta el momento las fronteras de lo admisible, en relación con este derecho fundamental, está en la necesidad de la colaboración activa del reo<sup>93</sup>. En relación con la pericia neurocientífica de estudio anatómico del cerebro, el reo no presta realmente “colaboración activa” alguna, sino que solamente debe colocarse en una determinada posición para que una máquina lo examine. Se trata de una colaboración, ciertamente, pero pasiva, similar a la requerida para la realización de una radiografía o de una rueda de reconocimiento. De todos esos mecanismos pueden obtenerse evidencias, pero lo importante es subrayar que el reo podría ser objeto de esas pericias incluso estando en estado vegetativo. Por ello, es obvio que no se requiere de él una colaboración muy diferente de la que presta cuando se le toman las huellas dactilares<sup>94</sup>.

Si aplicamos esa conclusión al tema que nos ocupa, en un análisis superficial podría admitirse precipitadamente el estudio anatómico del cerebro mediante autorización judicial, a través de MRI o de otro método diagnóstico que no sea en absoluto lesivo de la integridad física de la persona ni requiera esa colaboración realmente activa. Podría decirse incluso que la finalidad de esta prueba es siempre exculpatoria o atenuante. Es decir, que se realiza para

---

<sup>91</sup>Es el “carácter testimonial” del vestigio en concreto, es decir, que dependa de la voluntad del reo, en oposición al “carácter físico” de una evidencia, que la haría independiente de dicha voluntad. PARDO, “Neuroscience Evidence, Legal Culture, and Criminal Procedure”, cit. p. 329.

<sup>92</sup>Vid. LIBANO BERISTAIN, Arantza, *La intervención judicial en la prueba del ADN (comentario a las sentencias de la sala segunda del Tribunal Supremo nº 501/2005, de 19 de abril de 2005 y nº 1311/2005, de 14 de octubre de 2005)*, Revista de derecho y genoma humano, Nº 23, 2005, pp. 197-198. MARTÍN PASTOR, José, *La recogida por la policía judicial de muestras biológicas para la práctica de la prueba pericial de ADN en el proceso penal y el régimen de sometimiento del sujeto pasivo de las medidas de inspección, registro o intervención corporal*, La ley penal, n. 89, 2012, pp. 3 y ss.

<sup>93</sup>De los tres elementos para considerar la vulneración del derecho a no autoincriminarse establecidos por la jurisprudencia estadounidense –compulsión, carácter incriminatorio y carácter testimonial–, la “colaboración activa” se referiría al primero. Vid. PARDO, “Neuroscience Evidence, Legal Culture, and Criminal Procedure”, cit. p. 328.

<sup>94</sup>Cfr. PARDO, “Neuroscience Evidence, Legal Culture, and Criminal Procedure”, cit. p. 328. SHEN, “Neuroscience, Mental Privacy, and the Law”, cit. p. 703.



observar si el comportamiento del reo pudo estar influenciado por lesiones en su cerebro y, como ya se dijo, de manera complementaria a un estudio conductual. Claro está, si no se encuentran lesiones, la prueba no tendrá utilidad alguna para el reo, pero el resultado sería exactamente el mismo si no se hiciera.

Lo que ocurre es que el cerebro no es una muestra de sangre, saliva u orina. Ni siquiera es comparable con el ADN que puede extraerse de esos vestigios. Igual que sucede con la prueba de ADN<sup>95</sup>, el problema es el potencial investigador del vestigio. A través del pelo o la orina se pueden averiguar muy pocas cosas, pero sin embargo, el potencial de información del cerebro es impresionante, mucho más amplio incluso que el del ADN. Aunque lo veremos en el epígrafe siguiente, el cerebro somos nosotros mismos. En otras palabras, es la intimidad en estado puro. Ello desaconseja establecer parangón alguno con otras pruebas biológicas, porque los vestigios en que se basan simplemente no son comparables con la materia gris.

Tratándose de la detección de mentiras la conclusión es todavía más sencilla, porque sí es posible seguir en parte las directrices doctrinales y jurisprudenciales. En estos análisis sí constituye elemento determinante la colaboración activa<sup>96</sup> del reo, que sí podría ser coaccionada, lo cual, además, tendría efectos desastrosos para la viabilidad científica de la prueba<sup>97</sup>, puesto que puede que la coacción activara áreas cerebrales que podrían hacer pasar al reo indebidamente por mentiroso. En realidad, más que de una posible lesión de un derecho fundamental, con la detección de mentiras existe una simple inviabilidad de la prueba si se

---

<sup>95</sup>Vid. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel / NIEVA FENOLL, Jordi, "Comentario a la sentencia Maryland vs. King del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América (3-VI-2013)", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 39, julio-dic. 2013, pp. 119 y ss.

<sup>96</sup>SHEN, "Neuroscience, Mental Privacy, and the Law", cit. p. 704.

<sup>97</sup>Curiosamente, lo mismo que demostró en la II Guerra Mundial Hanns-Joachim Scharff, y que debiera haber abolido la tortura en los interrogatorios desde entonces. Lo cuenta SIMPSON, David, "Because we could", *London Review of Books*, vol. 32, n. 22, 18-11-2010, pp. 27-28: "one fascinating story I had not previously come across: that of Hanns-Joachim Scharff, one of the most successful interrogators of World War Two. The Hollywood Nazi comes dressed in a leather coat and wielding a pistol, pliers, bright lights and burning cigarette ends: he has ways of making you talk. Scharff apparently never used violence. His methods involved 'a combination of language proficiency; relaxed, casual conversation over the course of several weeks if time permitted; and above all other things, empathy'. Did we know about his methods? Yes, we did. After the war Scharff was invited by the US Air Force to lecture about his experiences, and what he taught them should have found its way into the manuals. A number of other interrogation experts agree that non-violent procedures are by far the most effective way of obtaining information. But no one has made a movie about them."



realiza de modo forzado, por la más que probable distorsión de sus resultados incluso en caso de que estos acabaran siendo algún día científicamente contrastados<sup>98</sup>. En consecuencia, no es preciso entrar en un debate de derecho fundamental en esta materia. La detección de mentiras, o es voluntaria o no se puede realizar, ni siquiera colocando coactivamente al reo en el escáner fMRI o en otro ingenio futuro.

Otra cuestión, naturalmente, es si la negativa a someterse a la detección de mentiras habría de ser considerada una prueba de cargo, de forma parecida a como se está intentando subrepticamente, por desgracia, desde la sentencia Murray del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>99</sup> con el derecho al silencio. Sin embargo, ese debate, que también ha sido suscitado con la prueba de ADN en el proceso civil de paternidad<sup>100</sup>, está fuera de lugar por completo en el proceso penal. No solamente porque estaríamos en presencia, no ya de una –a mi juicio– imposible aplicación de la institución de la carga de la prueba en el proceso penal<sup>101</sup>, sino porque incluso en caso de aplicarse, el resultado sería *contra reo*, lo que es completamente incompatible con la presunción de inocencia. Y más allá de eso, con semejante norma se haría una excepción a la libre valoración de la prueba en el proceso penal, lo que no resulta aceptable bajo ningún punto de vista.

## **b. El derecho a la intimidad.**

Como ya se ha dicho, la MRI u otro método similar que averigüe anomalías en el cerebro, pese a poder ser aceptable, aparentemente, desde el punto de vista del derecho

---

<sup>98</sup>Matizo con ello la opinión que se expresa en NIEVA FENOLL, *La duda en el proceso penal*, Madrid 2013, p. 159.

<sup>99</sup>Asunto Murray c. reino Unido, S. 8-2-1996: "(...) el Tribunal nacional no puede concluir la culpabilidad del acusado simplemente porque éste opte por guardar silencio. Es solamente cuando las pruebas de cargo requieren una explicación, que el acusado debería ser capaz de dar, cuando la ausencia de explicación "puede permitir concluir, por un simple razonamiento de sentido común, que no existe ninguna explicación posible y que el acusado es culpable".

<sup>100</sup>Vid. art. 767.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>101</sup>Vid. NIEVA FENOLL, "La razón de ser de la presunción de inocencia", *InDret* 1/2016, pp. 1 y ss.



anterior, es radicalmente inadmisibles desde la perspectiva del derecho a la intimidad<sup>102</sup>, por lo que no es viable llevar a cabo esta prueba sin el consentimiento del sujeto.

Se ha comparado el interior del cráneo con el interior del domicilio<sup>103</sup>, señalando que si no se puede acceder a este último salvo con consentimiento del reo o autorización judicial, con más razón estaría vedado el acceso a algo irrefutablemente más íntimo como la cavidad craneal. La comparación es acertada, pero con una cautela importantísima: *El cerebro no debe ser explorable con una autorización judicial, salvo en casos de incapacidad mental del reo*. Desde luego, con todo registro debe concurrir siempre una sospecha fundamentada para poder realizar la prueba –la “probable cause” de la IV enmienda–, y existiendo la misma<sup>104</sup> es posible una autorización judicial que ordene la práctica forzosa de la entrada y registro. Pero en ningún caso puede utilizarse esta misma lógica con la prueba neurocientífica.

La razón es que, como se remachará en el siguiente epígrafe, el cerebro no es que encierre nuestra intimidad, sino que es la intimidad misma. Es toda nuestra vida, personalidad, ideas, etc. Es nuestra conciencia en el sentido más propio de la palabra, de la que también forman parte nuestras patologías mentales, por cierto. Pues bien, salvo que se quiera caer en un control estatal de las conciencias, ni siquiera un juez puede ordenar la práctica de esta prueba. Incluso en el estadio actual de avance de la ciencia, en el que solamente se pueden observar anomalías anatómicas, corrientes eléctricas y flujos sanguíneos, con frecuencia de dudosa interpretación, lo que se averigua nos desnuda completamente frente al Estado. Hace que nuestra persona, nuestro yo, dependa de lo que decida un juez, de manera que nuestro derecho a la intimidad se anula por completo.

Con el resto de pruebas, como la intervención de comunicaciones, la entrada y registro e incluso la prueba de ADN, solamente es una parte de esa intimidad la que se revela. Pero con esta prueba se podría llegar en el futuro a averiguar tendencias personales o ideológicas, que es

---

<sup>102</sup>Vid. LEVER, Annabelle, “Neuroscience v. Privacy? A Democratic Perspective”. <http://www.alever.net/DOCS/Neuroscience%20v.%20Privacy.pdf>. MOORE, Adam D., *Privacy, Neuroscience, and Neuro-Surveillance*, 13-4-2016 pp. 1-2. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2764437](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2764437). LIBANO BERISTAIN, “Neurociencia y proceso penal”, p. 253.

<sup>103</sup>PARDO, “Neuroscience Evidence, Legal Culture, and Criminal Procedure”, cit. p. 325.

<sup>104</sup>SHEN, “Neuroscience, Mental Privacy, and the Law”, cit. p. 699.



lo que está en la base de nuestra intimidad. Una cosa es que un psicólogo, a través de una entrevista cognitiva, deduzca patrones de conducta con la habilidad pericial propia de su ciencia. Y otra muy distinta es que el Estado pueda entrar directamente en nuestro cerebro. Con el avance actual de la neurociencia ello ya podría ser peligroso si, por ejemplo, se quisiera apartar de la sociedad a algunos sujetos con una determinada anomalía cerebral. Pero cuanto más avancen las neurociencias, mayores serán precisamente esos peligros.

Por ello, en mi opinión el Estado no puede decretar la práctica de estas pruebas, ni siquiera a través de una autorización judicial, porque ello supondría la completa anulación de un derecho ciudadano sin dejar resquicio alguno, lo que es inaceptable en una sociedad democrática. La única viabilidad de las mismas es que las consienta el reo, como está siendo el caso hasta el momento, salvo excepciones. De lo contrario, no deben poder practicarse salvo que deseemos caer en un modelo social como el que será aludido en el último epígrafe.

Y es que si se permitiera lo anterior, previo el asentamiento en la sociedad de la idea de frecuencia y “bondad” de esta prueba, la siguiente decisión gubernamental podría llegar a ser la escandalosa arbitrariedad de que esos estudios cerebrales fueran sistemáticos en cualquier proceso penal<sup>105</sup>. Una cosa es que se practiquen puntualmente como prueba complementaria para averiguar la posible existencia de una enfermedad mental *alegada por el reo y siempre que el reo lo consienta*, y otra muy distinta que el Estado pueda analizar sistemáticamente nuestros cerebros, dado que, como se ha dicho, de los mismos se puede obtener también información relevante ideológicamente, lo que resulta extraordinariamente peligroso si se atiende a la Historia. Aunque en el estado actual de la ciencia esos análisis tendrían una escasa virtualidad, no es descartable que en el futuro se puedan obtener más datos que sí sean relevantes políticamente, como propensiones políticas o religiosas que, de hecho, ya se están experimentando<sup>106</sup>. Por tanto, esos estudios sistemáticos, como por otra parte cualesquiera *inquisitiones generales*, deben ser excluidos.

---

<sup>105</sup>Cfr. PARDO, “Neuroscience Evidence, Legal Culture, and Criminal Procedure”, cit. p. 327. SHEN, “Neuroscience, Mental Privacy, and the Law”, cit. p. 707.

<sup>106</sup>JOST, John / NAM, H. Hanna / AMODIO, David M. / VAN BAVEL, Jay J., “Political Neuroscience: The Beginning of a Beautiful Friendship”, *Advances in Political Psychology*, vol. 5, Suppñ. 1, 2014, pp. 3 y ss.



## 6. El futuro: ¿qué mundo queremos?

El uso judicial de las técnicas estudiadas abre un futuro incierto, como siempre en materia científica. Es verdad que quien hoy dice que algo es imposible en ciencia puede ser desmentido en pocos años, pero también es cierto que abundan personas que anuncian a los cuatro vientos un futuro que nunca llega. En los años setenta del siglo XX, tras el aterrizaje en la Luna, se imaginaba a la especie humana colonizando el sistema solar para finales del milenio, y ello no ha ocurrido aún y no tiene perspectivas de suceder ni siquiera a medio plazo.

El estudio neurocientífico, por desgracia, es víctima a veces de esta especie de gurús, que oscurecen las conclusiones verdaderamente útiles de los investigadores serios. Con ello quiero decir que la conclusión más inquietante de dichos estudios, la posibilidad de “leer” mentes, es remota en realidad. Sí que podría ser factible, sin embargo, averiguar patrones de comportamiento a través de estas pruebas, y ello resulta extremadamente peligroso si se piensa en un uso masivo de la técnica con finalidades de persecución ideológica o de propensiones sexuales, por ejemplo, como ya se ha dicho.

Es por ello por lo que, en primer lugar, sería conveniente no disponer la práctica habitual de estas pruebas – y siempre a instancia del reo– en el proceso judicial hasta que la evidencia científica sobre sus resultados sea mayor, como ya se ha indicado durante el trabajo. Pero al margen de ello, si algún día dicha evidencia se alcanza, no habrá que olvidar que es lo más recóndito de nuestra intimidad lo que se esconde en nuestro cerebro, es decir, nosotros mismos, nuestro yo, si es que existe.

Siendo así, vuelvo a insistir en que el acceso a esta prueba no debiera proceder mediante una autorización judicial, puesto que dicha autorización, en teoría, puede limitar, pero nunca anular completamente un derecho fundamental, aunque no se haya solido destacar de ese modo hasta ahora por la doctrina. La razón es que los derechos fundamentales son nuestra única defensa como ciudadanos frente al poder del Estado. Actualmente es excepcional la entrada y registro en nuestras casas, y así debe seguir siendo, precisamente en protección de nuestra intimidad. Cada vez se van desarrollando más herramientas para proteger nuestras comunicaciones, y pese a haber vivido un período ciertamente inquietante en ese ámbito,



parece que últimamente las cosas avanzan por el camino adecuado, gracias sobre todo a las compañías de telecomunicaciones que están resistiéndose acertadamente a la presión de los Gobiernos.

Siendo todo ello así, el análisis de nuestros cerebros no puede ser realizado incondicionalmente por el Estado, sino a mi juicio solamente con nuestra autorización y no con la de un juez, insisto de nuevo. Y siempre con finalidades exculpatorias, nunca inculpatorias. El motivo es simple. Nuestra mente es el sustrato último e irrenunciable de nuestra intimidad, y por ello el Estado de ningún modo puede acceder voluntariamente al mismo. Si lo permitiéramos, todo el resto de protecciones existentes de nuestra intimidad dejarían de existir, lo que provocaría la completa inutilidad de esta importante protección de los ciudadanos frente al Estado.

Lo contrario significaría la materialización de lo que han intentado absolutamente todas las dictaduras: el control mental, a través del control ideológico en principio, pero extensible a cualquier ámbito a la postre. Sea cual fuere el avance de la técnica en esta materia, y sin necesidad de caer en un alarmismo quizás injustificado, hay que mantener inmutablemente que el acceso a nuestras mentes dependa exclusivamente de nosotros mismos. Si ello no sucede, habremos perdido nuestra libertad.





Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

## Fixed Advocacy Fees in English Civil Litigation

**Masood Ahmed**

Lecturer at University of Leicester, Member of Civil Procedure Rule Committee

*and*

**Claire Pennells**

Law Student at University of Leicester

**Abstract:** When settlement has been reached between the parties of a case in certain low value personal injury disputes but costs to be paid have not been agreed, the Civil Procedure Rules (CPR) provide a fixed-costs scheme under Part 45 to regulate the recoverability of those costs. The imprecise terminology in Part 45.29C table 6B, however, has led to some uncertainty about how costs should be allocated for a settlement that occurs on the day of trial but prior to its actual commencement. This article analyses the judicial precedent recently set by the High Court in *Mendes v Hochtief (UK) Construction Ltd*<sup>1</sup> on this subject.

**Keywords:** Civil Procedure Rules; Fixed-costs; Advocacy fee; Public Policy of Settlement

### Introduction

Prior to *Mendes*, cases related to the fixed-costs regime of CPR Part 45.29A were few and far between. In the case of *Butt v Nizami*,<sup>2</sup> Simon J identified that the fixed-costs scheme

---

<sup>1</sup> [2016] EWHC 976 (QB).

<sup>2</sup> [2006] EWHC 159 (QB).



provided standardised stages of recompense which, while not idyllic in every individual circumstance, produced fairness in the overall system.<sup>3</sup> He further assessed that the indemnity principle, a cardinal feature of the English civil litigation costs landscape, was not intended to apply to these quantum.<sup>4</sup> That said, at the time of Simon J's judgment, Part 45 did not exist in its current form. As reiterated in the case of *Qader & Ors v Esure Services Ltd.*, the addition of Part IIIA to the CPR was only brought into effect on July 31, 2013, dealing specifically with instances of low-value personal injury claims that no longer qualify under their relevant traffic accident or employment protocols.<sup>5</sup> Further, Judge Grant identified in this case that Part IIIA applies irrespective of the claim's case management track, which is determined by the value of the claim as set out in CPR 26.6.<sup>6</sup> Generally, because the text of Part 45.29A appears clearly drafted, its interpretation has been deemed unnecessary,<sup>7</sup> but this interpretation can arguably be deemed necessary in cases that fall *outside* the limitations of the drafted text. *Mendes* raised the question of whether a trial advocacy fee is recoverable under the fixed-costs scheme of Part IIIA if a case settles on the day of trial but before the trial actually begins – a scenario which Part IIIA does not explicitly account for. The court in this case was, for the first time, tasked with determining which element of the fixed costs framework was most appropriate in these circumstances.

## The Rules

Part 45.29A of the CPR identifies the circumstances in which the Part IIIA rules apply and include claims started under the Pre-Action Protocol for Low Value Personal Injury Claims in Road Traffic Accidents (RTA protocol). Part 45.29C sets out a table of fixed costs where a claim no longer continues under the RTA protocol, identifying three primary scenarios and their

---

<sup>3</sup> [2006] EWHC 159 (QB), [23].

<sup>4</sup> *Ibid*, [24].

<sup>5</sup> [2015] EWHC B18 (TCC), [25].

<sup>6</sup> *Ibid*, [13], [26].

<sup>7</sup> *Ibid*, [38].



respective cost elements. The table provides details of the following circumstances in which fixed recoverable amounts may be claimed:

- If parties reach a settlement prior to the claimant issuing proceedings under Part 7 (section A);
- If proceedings are issued under Part 7, but the case settles before trial (section B);
- If the claim is disposed of at trial (section C); and
- Trial advocacy fees (section D).

Importantly, the table identifies that trial advocacy fees are only recoverable under section C, with the other sections being limited to recovery of a fixed amount and percentage of the damages.

### **Facts and Submissions**

The original case pursued concerned a personal injury under the RTA protocol, rendering the costs subject to the fixed-costs regime. The parties eventually came to a settlement on the day of trial, just before the trial was set to begin, and the recorder was invited to assess costs in accordance with Part IIIA. He awarded two elements of the fixed costs in accordance with the CPR: £2,655 and 20% of the damages, which is the award allotted in Part 45.29C table 6B section B when the case is settled *prior* to the date of trial. Significantly, he refused to award the fixed trial advocacy fee that was recommended under section C of Part 45.29C table 6B for when the claim is disposed of *at* trial. The recorder's interpretation of the rule was that anything prior to the trial physically starting was covered under section B, concluding that, because the settlement occurred before the final contested hearing had



commenced, it did not qualify as having been disposed of at trial, but before. It was this decision which the claimant appealed to the High Court.

## **The Appeal**

The claimant argued that the recorder was wrong in his interpretation of Part 45.29C, as the settlement had occurred on the day of trial, even if technically preceding the trial itself. The claimant referred to section B, contending that the settlement reached could not be said to have arisen under any of the circumstances covered in that section and therefore the court had to deal with costs under section C instead. The claimant argued that the claim had been disposed of at trial, and therefore all fixed cost elements awarded under section C should apply, including the recoverability of the relevant advocacy fee.

The defendant countered by arguing that the trial advocacy fee was only recoverable under section C if the trial had commenced. In support of this argument, the defendant relied on the definition of 'trial' under Part 45.29C(4)(c), arguing that, since a trial meant 'the final contested hearing', it could not, in the circumstances, be said that this claim had been disposed of at a final contested hearing. Thus, the fixed costs under section B were the only recoverable elements, and the relevant trial advocacy fee did not fall under this heading.

Coulson J conceded that there was, at the time of this trial, no legal authority to clarify which section of Part 45.29C applied in such circumstances, compelling him to make the determination on his own assessment. He agreed with the claimant's argument that consideration of the fixed costs in this case could not have arisen under section B. This case did not, Coulson J noted, settle prior to the date of trial, as required under section B for its fixed costs to apply. Even allowing for the defendant's definition of 'trial' as a reference to 'the final contested hearing', the point remained the same: the settlement did not occur prior to the date of the final contested hearing. That was always the trial date and the case did not settle prior to that date. Coulson J held: 'On that basis, as a matter of interpretation, the three stages in section B of table 6B must each be taken to have been completed by the time the recorder



came to deal with costs. That necessarily points the way to the costs being dealt with under the next section, section C.<sup>8</sup>

The defendant's argument that the date on which the trial is listed to be heard may not be the date of the final contested hearing (for example, the trial may be adjourned) was dismissed by Coulson J, who held that the date of the final contested hearing is not the date the trial was listed to be heard, but the date the final contested hearing took place, or would have taken place, but for the settlement on that date. If a trial is adjourned or relisted, it will be the adjourned or relisted date that matters for these purposes, but this case was always scheduled to occur on the date on which the settlement ultimately occurred, so these distinctions simply did not apply.

The judge also rejected the defendant's argument that this element of the fee was for unperformed trial advocacy, as the case was technically settled before any advocacy was required. He held that such a suggestion made an artificial distinction between preparation of advocacy and attendance at trial on the one hand, and actual performance of advocacy on the other. His interpretation of the events was such that the issue was disposed of at trial in this case, but that this had merely been accomplished by settling rather than by judicial judgment.

Coulson J illustrated the weakness in the defendant's argument when he said: 'And what if the trial goes ahead and the judge does not call on counsel or the solicitor-advocate for the claimant because the other side's case is so poor? He or she would not perform any advocacy in such circumstances so, if the defendant is right, he or she would not be entitled to be paid. That would be an absurd result'.<sup>9</sup>

Coulson J also agreed with the claimant that there were legitimate policy reasons for concluding that the interests of justice would be better served if the advocate was not penalised financially for negotiating a settlement at the door of the court. To do so would put advocates in the position of having to choose between prioritising payment for their trial preparation or representing the best interests of their clients, creating a great deal of

---

<sup>8</sup> *Mendes* (n1) [11].

<sup>9</sup> *Mendes* (n1) [22].



uncertainty as to how day-of settlements may be approached in the future. What motivation is there for an advocate to pursue settlement up to the last possible moment when to do so will result in no longer being entitled to their trial advocacy fee? The defendant's contention that counsel would have 'skimmed off' the trial advocacy fee when it was not properly recoverable was also strongly rejected by Coulson J, who argued that recoverability of the trial advocacy fee 'hardly amounts to some sort of windfall'.<sup>10</sup>

## Conclusion

The decision is significant both from a rule interpretation perspective and as an important example which illustrates the court's desire to continue to protect the public policy of settlement in litigation.<sup>11</sup> Prior to *Mendes*, the issue of whether a trial advocacy fee was recoverable under the fixed-costs scheme when settled on the day of trial had not come before the courts for judicial determination and, as the arguments raised by the advocates in the case illustrate, there was uncertainty on the matter. There was thus a need for clear judicial interpretation, application and guidance of the rules. Coulson J's considered judgment has provided that clear interpretation by confirming that a trial advocacy fee is recoverable under the fixed-costs scheme where the matter settles on the day of the trial. In particular, Coulson J's interpretation of 'final contested hearing' as being the date on which the final contested hearing actually takes place or would have taken place but for the settlement removes any artificial distinctions between the listing date and the actual date of the hearing. As a consequence, the judgment reduces the risk of any future costly satellite litigation surrounding

---

<sup>10</sup> *Mendes* (n1) [25].

<sup>11</sup> In *Ofulue v Bossert* [2009] UKHL 16; [2009] 1 A.C. 990 (HL) the House of Lords dismissed arguments to extend the exceptions to the without prejudice rule which protects the use and disclosure of documents used in settlement negotiations in subsequent court proceedings. The court recognized the potential dangers of creating exceptions to the rule and thereby undermining the public policy of settlement. As Lord Neuberger argued, creating further exceptions to the without prejudice rule would, "severely risk hampering the freedom parties should feel when entering into settlement negotiations". For a critical discussion of this case, see M. Ahmed 'Protecting the without prejudice rule' (2009) 28(4) C.J.Q. 467-469. Also see *Oceanbulk Shipping & Trading SA v TMT Asia Ltd* [2010] EWCA Civ 79 in which the Court of Appeal considered the issue of whether evidence of without-prejudice communications and discussions could be given as evidence if there is a dispute about the interpretation of a written settlement agreement. For an interesting case which may be considered as potentially harming the policy of settlement see *Quiet Moments Ltd, Re* [2014] EWCA Civ 1536.



this issue. Further, from a practical perspective, Coulson J’s judgment allows advocates to continue pursuing the best interests of their clients up to the last possible moment without fearing potential financial penalisation for doing so.

The courts have always been wary of any submissions raised in argument which may have the undesired effect of undermining, whether directly or indirectly, the public policy of consensual settlement in the civil justice process and *Mendes* is an interesting illustration of the court seeking to uphold that policy.

Lord Simon succinctly explained the benefits of settlement in *D v National Society for the Prevention of Cruelty to Children* when he said:

‘Many potential disputes, civil especially, are obviated or settled on advice in the light of the likely outcome if they had to be fought out in court. This is very much in the interest of society; since a lawsuit, though a preferable way of settling a dispute to actual or threatened violence, is wasteful of human and material resources. . . Since litigation is wasteful and disruptive, society benefits if disputes can be settled out of court through negotiation between the parties.’<sup>12</sup>

Further, successive civil justice reforms have reiterated the need to protect and uphold the policy of consensual settlement. As Lord Woolf made clear, ‘the philosophy of litigation should be primarily to encourage early settlement of disputes’<sup>13</sup> and this led to the formal integration of alternative dispute resolution processes within the CPR.<sup>14</sup> Similarly, Sir Rupert Jackson’s reforms of civil litigation costs<sup>15</sup> recognised and reinforced the importance of

---

<sup>12</sup> [1978] AC 171.

<sup>13</sup> The Rt Hon Lord Woolf, Access to Justice Interim Report (Lord Chancellor’s Department 1995) ch 2, para 7(a). See also the Rt Hon Lord Woolf, Access to Justice Final Report (Lord Chancellor’s Department 1996).

<sup>14</sup> For example, CPR 1.4 (2)(e) provides that the case management duties of the court include: ‘encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure’.

<sup>15</sup> Lord Justice Jackson, Review of Civil Litigation Costs Final Report (14 January 2010) (Final Report) Chapter 36.



settlement as an important mechanism in controlling litigation costs. More recently Briggs LJ's recommendation for the introduction of a revolutionary on-line court for low value civil claims is premised on the philosophy of settlement.<sup>16</sup> Briggs LJ's proposal envisages a three-stage court process. The first stage will require parties to provide details of their claim and supporting documents and to upload these onto the online court. The second stage, which will involve case officers managing the dispute, will integrate alternative dispute resolution processes which the parties may explore in an attempt to settle their dispute failing which the matter will continue to stage three for judicial determination.

Similarly, *Mendes* illustrates the court's commitment to the public policy of consensual settlement. It recognises the very real tensions and conflicts of interests which may arise for advocates in having to further their client's interests in negotiating a settlement and not being entitled to recover their advocacy fee, despite preparing for trial. Interpreting the rules so that fixed advocacy fees are recoverable allows advocates to continue pursuing the best interests of their clients up to the last possible moment without fearing potential financial penalization for doing so, and thereby, ultimately, upholds and protects the public policy of consensual settlement.

## Table of Authorities

### Cases

*Butt v Nizami* [2006] EWHC 159 (QB)

*D v National Society for the Prevention of Cruelty to Children* [1978] AC 171

*Mendes v Hochtief (UK) Construction Ltd* [2016] EWHC 976 (QB)

*Oceanbulk Shipping & Trading SA v TMT Asia Ltd* [2010] EWCA Civ 79

*Ofulue v Bossert* [2009] UKHL 16; [2009] 1 A.C. 990 (HL)

*Qader & Ors v Esure Services Ltd* [2015] EWHC B18 (TCC)

---

<sup>16</sup> Lord Justice Briggs Civil Court Structure Review: Interim Report December 2015 Chapter 5.





Reports

The Rt Hon Lord Woolf, Access to Justice Interim Report (Lord Chancellor's Department 1995)

The Rt Hon Lord Woolf, Access to Justice Final Report (Lord Chancellor's Department 1996)

Lord Justice Jackson, Review of Civil Litigation Costs Final Report (14 January 2010) (Final Report)

Lord Justice Briggs Civil Court Structure Review: Interim Report December 2015