

Mult stimate domnule Aurel BĂIEȘU,



Frumosul dumneavoastră jubileu ne oferă plăcutul prilej de a vă adresa cele mai sincere și cordiale felicitări, împreună cu urările noastre de sănătate, viață îndelungată și succese în întreaga activitate.

Omul se perpetuă în timp prin valoarea personalității sale. Acest moment aniversar este și popasul necesar când putem afirma, cu certitudine, că ați devenit un nume de notorietate în elita țării, când își spun cuvântul nu doar succesele obținute, dar și calitățile ireproșabile cu care v-a înzestrat Divinitatea. Strălucita dumneavoastră carieră în jurisprundență denotă profesionalism, spirit înalt al responsabilității și al dreptății, devotament ideii de perfecțiune.

Aspirația neconținută spre perfecționare vă întregeste imaginea în comunicarea cunoștințelor discipolilor. Or, un veritabil jurist nu poate fi decât un perfecționist – trăsătură ce v-a caracterizat dintotdeauna.

La minunatul popas aniversar, vă urăm și putere de muncă, să aveți mereu șansa de a îmbina spusele cu faptele, iar exemplul propriu – în funcțiile de conferențiar universitar la Facultatea de Drept a USM și de judecător la Curtea Constituțională a RM – să fie un model pentru discipolii Dvs.

La Mulți Ani!

***Cu deosebită considerațiune,
În numele Consiliului de administrație al UJM
Gheorghe AVORNIC, președinte,
împreună cu echipa Revista Națională de Drept
și ziarul Dreptul***

REVISTA NAȚIONALĂ DE DREPT

(Publicație periodică științifico-practică)

nr. 7 (165) 2014

Certificatul de înregistrare
nr. 1003600061124 din 27 septembrie 2000

Publicație acreditată de Consiliul Suprem
pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică
al Academiei de Științe a Moldovei prin
Hotărârea nr. 61 din 30.04.2009

Categoria C

FONDATORI:

Universitatea de Stat din Moldova
Universitatea de Studii Politice
și Economice Europene
„Constantin Stere” din Moldova
Uniunea Juriștilor din Moldova

REDACTOR-ȘEF
Gheorghe AVORNIC

REDACTOR-ȘEF ADJUNCT

Sergiu BĂIEȘU

(doctor în drept, conferențiar universitar, decanul Facultății de
Drept, Universitatea de Stat din Moldova)

Stilizator **Antonina DEMBIȚHI**
Machetator **Maria BONDARI**

COLEGIUL DE REDACȚIE:

Gheorghe Ciocanu (doctor habilitat în științe fizico-matematice,
profesor universitar, rectorul Universității de Stat din Moldova),
Elena Aramă (doctor habilitat în drept, profesor universitar),
Victoria Arhiliuc (doctor habilitat în drept, profesor universitar),
Flavius-Antoni Băias (doctor, conferențiar universitar,
decanul Facultății de Drept, Universitatea din București),
Sergiu Brînză (doctor habilitat în drept, profesor universitar),
Cătălin Bordeianu (doctor în drept, profesor universitar, România),
Ion Craiovan (doctor în drept, profesor universitar, România),
Gheorghe Chibac (doctor în drept, profesor universitar),
Spyros Flogaitis (doctor în istorie și drept, profesor universitar
(Grecia), Director al Organizației Europene de Drept Public),
Ion Guceac (doctor habilitat în drept, profesor universitar),
Raisa Grecu (doctor habilitat în drept, profesor universitar,
USPEE „Constantin Stere”),
Ioan Humă (doctor în drept, profesor universitar, România),
Gheorghe Mihai (doctor în drept, profesor universitar, România),
Nicolae Sadovei (doctor în drept, conferențiar universitar),
Andrei Smochină (doctor habilitat în drept),
Florin Streteanu (doctor în drept, profesor universitar, decanul
Facultății de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca),
Vytautas Nekrosius (doctor habilitat în drept,
profesor universitar, Lituania),
Tzyetan Sivkov (doctor în drept, profesor universitar, Bulgaria),
Trebkov A.A. (doctor în drept, profesor, Președintele Uniunii
Juriștilor din Federația Rusă),
Tudorel Toader (doctor în drept, profesor universitar, decanul
Facultății de Drept, Universitatea Alexandru Ioan Cuza, Iași),
Alexandru Țiclea (doctor în drept,
rectorul Universității Ecologice București, România).

ADRESA REDACȚIEI:

MD 2009, Chișinău, str. Al. Mateevici, 60, bir. 222
Telefoane: 57-77-52, 57-76-90
e-mail: revistadrept@yahoo.com
Indexul PM 31536

SUMAR

Aurel BĂIEȘU

Rolul arbitrajului comercial internațional în în-
făptuirea justiției 2

Dumitru POSTOVAN

Dezvoltarea arbitrajului în Republica Moldova . 8

Gheorghe AVORNIC

Importanța disciplinei *Arbitrajul comercial in-
ternațional* pentru formarea competențelor pro-
fesionale ale specialiștilor în drept în condițiile
economiei de piață 14

Nicolae CLIMA

Interacțiunea instanțelor de judecată cu Arbitra-
jul 18

T. ЗАХАРЧЕНКО

Признание и исполнение арбитражных реше-
ний в Украине 24

Ивайло ДЕРМЕНДЖИЕВ

Совместимость решений Арбитражного суда
с положениями ЕС в области потребительско-
го права 32

Leaua CRENGUȚA

Unele aspecte de noutate aduse de Noul Cod de
procedură civilă din România 40

Wicher SLAGTER

Briefing on arbitration. International conference
on arbitration organised by the Chamber of Com-
merce and Industry of Moldova on 16 May 47

Andrei SMOCHINĂ

Încălcarea principiilor fundamentale ale legis-
lației Republicii Moldova sau a bunelor mora-
vuri – temei de desființare a hotărârii arbitrale 50

Dumitru POSTOVAN

„Dreptul discreționar” în activitatea arbitrajului 54

Cristina Ioana FLORESCU

Tendințe privind interpretarea clauzelor patolo-
gice în arbitrajul internațional 60

Iurie MIHALACHE

Recunoașterea arbitrajului ca formă a justiției
private în materie civilă și comercială 69

Lilia GRIBINCEA

Arbitrajul ad-hoc 72

Tatiana NOVAC

Arbitrul și judecătorul. Diferențieri statutare 75

Diana LAZĂR

Cadrul de reglementări privind procedura
recunoașterii și executării sentințelor arbitrale
străine în sistemul Convenției de la New York
din 1958 79



ROLUL ARBITRAJULUI COMERCIAL INTERNAȚIONAL ÎN ÎNFĂPTUIREA JUSTIȚIEI

Aurel BĂIEȘU,
doctor habilitat în drept,
Judecător, Curtea Constituțională a RM

Problematica rolului arbitrajului comercial internațional în soluționarea diferendelor ce apar în raporturile de comerț internațional și, pe această cale, în înfăptuirea justiției, este de importanță practică deosebită și include așa subiecte ca: a) delimitarea competențelor dintre jurisdicția arbitrală și cea statală; b) obligația de a supune arbitrajului litigiile vizate în convenția de arbitraj; c) obligația instanței judecătorești de a se desesiza în prezența unei convenții de arbitraj valabile; d) intervenția jurisdicției statale în procesul arbitral.

A. Delimitarea competențelor. Pentru a elucidă rolul arbitrajului comercial internațional în înfăptuirea justiției, este necesar, în primul rând, a face delimitarea dintre cauzele care sunt rezervate doar jurisdicției statale și cauzele care pot fi reglementate atât de către jurisdicția statală, cât și de cea arbitrală.

Instanțele judecătorești sunt abilitate să soluționeze litigiile comerciale internaționale doar în următoarele situații:

- atunci când, potrivit legii aplicabile, litigiul ține de competența exclusivă a organelor jurisdicționale statale (de ex.: art. 461 CPC RM desemnează procesele cu element de extraneitate ce țin de competența exclusivă a instanțelor judecătorești ale Republicii Moldova);

- în cazul în care modalitatea judiciară de soluționare a litigiului rezultă din normele unei convenții bilaterale în materie jurisdicțională încheiată între statele ai căror resortisanți sunt părți în litigiu;

- atunci când părțile au atribuit în mod expres în contractul lor competența de a soluționa litigiul jurisdicției statale a unei țări;

- în cazul în care părțile au omis să determine în contractul lor modul de soluționare a litigiilor;

- în cazul în care, în pofida existenței unei convenții de arbitraj, una din părți a sesizat instanța de judecată, iar cealaltă parte nu a obiectat, în termenul stabilit prin lege, contra tranșării litigiului în respectiva instanță de judecată;

- atunci când clauza de arbitraj este caducă, inoperantă sau nu este susceptibilă de a fi executată.

Pentru ca un tribunal arbitrar să fie competent să soluționeze o cauză, este necesar ca el să aibă la bază

o convenție de arbitraj valabilă. Condiția primordială pentru valabilitatea convenției de arbitraj este ca ea să aibă ca obiect raporturi susceptibile de a fi tranșate pe cale de arbitraj. În literatura de specialitate, acestei condiții i-a fost atribuit termenul de *arbitrabilitate*, prin care se înțelege „calitatea care se aplică unei materii, unei chestiuni sau unui litigiu de a fi supus puterii jurisdicționale a arbitrilor”¹.

Pentru orice societate, este firesc faptul ca legislatorul să excludă anumite categorii de litigii de sub incidența mecanismului privat care este arbitrajul. În diferite sisteme legislative naționale, acestea pot fi litigiile privind statutul persoanelor, precum și acelea care au ca obiect bunurile ce nu sunt admise în circuitul civil sau comercial. Există și alte domenii în privința cărora doctrina și jurisprudența au o atitudine particulară, considerându-le de un interes public sporit. În literatura de specialitate și în practică, s-a pus întrebarea privind posibilitatea aplicării de către arbitri a normelor de drept din domeniul concurenței, proprietății industriale, insolvabilității etc. Tendința care poate fi observată în evoluția legislațiilor naționale și a jurisprudenței este extinderea din ce în ce mai largă a domeniului materiilor arbitrabile².

Se cuvine să remarcăm că reglementările internaționale nu cuprind o enumerare a litigiilor susceptibile de a fi supuse arbitrajului. În consecință, determinarea litigiului ca fiind arbitrabil este o facultate recunoscută arbitrilor sau judecătorilor, care se vor conduce de principiile generale și normele dreptului material aplicabil. La determinarea arbitrabilității unui litigiu, arbitrul sau judecătorul se ghidează de prezumția potrivit căreia, dacă o anumită categorie de litigii nu este atribuită expres, prin prevederi legale, competenței exclusive a jurisdicției statale și nu există alte condiții care ar împiedica desfășurarea arbitrajului, litigiile în cauză pot fi tranșate în arbitraj. În așa mod a procedat, în speță, Colegiul economic al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova. Instanța a casat încheierea Curții de Apel Economice a RM, prin care s-a dispus intentarea procesului pe marginea unei cereri de chemare în judecată. Instanța de recurs a statuat că litigiul respectiv nu intră sub incidența prevederilor art.461 CPC, care specifică procesele cu element de extrane-



itate, examinarea cărora ține de competența exclusivă a instanțelor judecătorești ale Republicii Moldova, prin urmare, soluționarea litigiului nu ține de competența Curții de Apel Economice, dar a Curții de Arbitraj Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a RM, odată ce părțile au convenit printr-o clauză arbitrală în acest sens (Decizia nr.2re-28/2003 din 24.07.2003).

În acest context, ținem să menționăm că Legea RM cu privire la arbitrajul comercial internațional nr. 24-XVI din 22.02.2008 (în continuare – Legea 24/2008), spre deosebire de Legea-tip a Comisiei Națiunilor Unite pentru Dreptul Comerțului Internațional (UNCITRAL) asupra Arbitrajului Comercial Internațional din 21 iunie 1985 (în continuare – Legea-tip UNCITRAL), în baza căreia a fost elaborată legea națională, încearcă să desemneze domeniul litigiilor susceptibile de a constitui obiect al arbitrajului: a) litigiile care decurg din raporturi contractuale civile și din alte raporturi juridice izvorâte din executarea contractelor comerciale internaționale și din alte relații economice internaționale, dacă sediul a cel puțin unei părți se află în afara Republicii Moldova și b) litigiile apărute între întreprinderi cu investiții străine și asociații, organizații internaționale fondate pe teritoriul Republicii Moldova, litigiile dintre participanții lor, precum și litigiile dintre aceștia și alți subiecți de drept ai Republicii Moldova (art.1 alin. (4))³. De asemenea, legea precizează ce semnifică termenul „comercial”: acesta desemnează „raporturi ce decurg din toate relațiile comerciale, contractuale și necontractuale; relațiile comerciale cuprind următoarele, nelimitându-se la ele: contracte de livrare sau de schimb de bunuri și servicii; acorduri de distribuție; reprezentanțe comerciale sau agenții comerciale; factoring; leasing; construcție a obiectivelor industriale; consulting; engineering de afaceri; licențiere; investiții; finanțare; servicii bancare; asigurări; acorduri de exploatare sau de concesiune; întreprinderi mixte și alte forme de cooperare industrială sau comercială; transport de mărfuri și de pasageri pe calea aeriană, maritimă, feroviară și rutieră” (art.2 alin.(2)). Aceste prevederi sunt reproduse și în Regulamentul Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a Republicii Moldova cu privire la procedura de arbitraj comercial internațional⁴.

B. Obligația de a supune arbitrajului litigiile vizate în convenția de arbitraj. Potrivit art. 8 din Constituție, Republica Moldova se obligă să respecte tratatele la care este parte. În art. II paragr. 1 al Convenției pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine, încheiată la New York la

10 iunie 1958, ratificată prin hotărârea Parlamentului Republicii Moldova nr. 87 din 10 iulie 1998, în vigoare pentru Republica Moldova de la 17 decembrie 1998, este statuat: „fiecare din Statele contractante recunoaște convenția scrisă, prin care părțile se obligă să supună unui arbitraj toate diferendele sau anumite diferende care s-au ivit sau ar putea să se ivească între ele privind un raport de drept determinat, contractual sau necontractual, referitor la o problemă susceptibilă de a fi reglementată pe calea arbitrajului”. Din prevederile citate, rezultă obligația pozitivă a părților de a supune arbitrilor soluționarea litigiilor vizate de convenția de arbitraj. Această obligație decurge din aplicarea principiului forței obligatorii a convențiilor, cunoscut sub denumirea de *pacta sunt servanda*, care este unul din principiile fundamentale ale dreptului comerțului internațional, dar și ale dreptului comun.

Fără a enunța direct obligația de a supune arbitrajului litigiile vizate de clauza de arbitraj, Convenția Europeană de arbitraj comercial internațional din 21 aprilie 1961, încheiată la Geneva, ratificată prin Hotărârea Parlamentului Republicii Moldova nr.1331 din 26 septembrie 1997, în vigoare pentru Republica Moldova de la 5 martie 1998 o consacră implicit, reglementând minuțios modalitățile de desemnare a arbitrilor și alte chestiuni de procedură. Aceste dispoziții indică clar că părțile sunt obligate să supună litigiul arbitrajului.

Una din problemele, care a suscitat numeroase controverse atât în doctrină, cât și în practică, este cea care ține de dreptul și obligația tribunalului arbitral, sesizat cu o cerere de arbitraj, de a-și verifica propria competență. Principiul care recunoaște arbitrilor competența de a statua asupra propriei lor competențe, numit în literatura de specialitate „*competența competenței*”, este recunoscut de principalele convenții internaționale, majoritatea legislațiilor moderne cu privire la arbitraj, precum și majoritatea regulamentelor de arbitraj.

Astfel, Convenția de la Geneva din 1961 prevede în art. V paragr. 3 că „sub rezerva controlului judiciar ulterior prevăzut prin legea forului, arbitrul a cărui competență este contestată nu trebuie să se desesizeze de proces: el are dreptul de a hotărî asupra propriei sale competențe și asupra existenței sau valabilității convenției de arbitraj sau a contractului din care această convenție face parte”.

Legea 24/2008 dispune că tribunalul arbitral poate să decidă asupra competenței sale, precum și asupra oricăror obiecții referitor la existența sau validitatea convenției de arbitraj (art. 16 alin.(1)).



Competența tribunalului arbitral de a statua asupra propriei competențe este supus controlului din partea jurisdicției statale. Problema care se pune în acest context este de a stabili dacă arbitrii ajung la concluzia că sunt competenți în timp ce pârâtul contestă competența lor, apelând la o jurisdicție statală, trebuie oare ei să suspende procedura arbitrală, așteptând ca instanța de drept comun să hotărască în această privință, ori pot continua tranșarea litigiului?

Legea 24/2008 (art.16 alin.(3)) precizează că tribunalul arbitral poate statua asupra competenței sale, tratând această problemă ca o chestiune prealabilă sau în hotărârea de fond. În cazul în care tribunalul arbitral determină competența sa cu titlu de chestiune prealabilă, legea prevede posibilitatea unui control imediat din partea instanței judecătorești competente, în timp ce tribunalul arbitral este liber să continue procedura arbitrală și să pronunțe hotărârea. Dacă tribunalul arbitral decide să statueze asupra competenței sale în hotărârea sa de fond, controlul jurisdicției statale este posibil în cadrul procedurii de examinare a cererii de desființare a hotărârii arbitrale (art.37 din Legea 24/2008) sau în cadrul procedurii de recunoaștere și executare a hotărârii arbitrale (art. 39 din Legea 24/2008).

O problemă complicată de stabilire a competenței apare în legătură cu așa-numitele *clauze combinate*. Sunt calificate ca atare acele clauze, în care părțile combină supunerea litigiului arbitrajului și desemnarea unei jurisdicții statale concomitent. Jurisprudența diferitelor țări a încercat sistematic, în caz de contradicție aparentă între o clauză de arbitraj și o clauză ce atribuie competența unei jurisdicții statale, să dea prioritate primei față de a doua. Astfel, Tribunalul de înaltă instanță din Paris, prin decizia din 1 februarie 1979 a stabilit că „clauza compromisorie echivocă trebuie să fie interpretată considerând că, dacă părțile n-ar fi vrut să supună diferendele lor arbitrajului, ele s-ar fi limitat să treacă sub tăcere posibilitatea de a recurge la arbitri; ...incluzând o clauză compromisorie în convenția lor, ele manifestau necesitatea să aducă dificultățile născute din contract în fața jurisdicției arbitrale vizate”. Într-o situație similară în care părțile au stipulat în două articole succesive ale contractului o clauză compromisorie a Camerei de Comerț Internațional și competența exclusivă a jurisdicțiilor engleze, Înalta Curte (*High Court*) din Londra a salvat clauza compromisorie, hotărând că referința la jurisdicțiile engleze nu se aplică decât incidentelor susceptibile de a afecta desfășurarea arbitrajului⁵. Această jurisprudență demonstrează

că instanțele optează în favoarea clauzei de arbitraj, atunci când este vădit consimțământul părților de a supune litigiul arbitrajului, chiar dacă părțile fac referință și la jurisdicția statală.

Asemenea problemă apare și în cazul *clauzelor patologice*, prin care se înțeleg convențiile de arbitraj, care prezintă vicii susceptibile de a împiedica desfășurarea cu succes a arbitrajului. Convențiile de arbitraj pot fi patologice din numeroase motive. Este patologică convenția care desemnează instituția de arbitraj într-o manieră greșită sau insuficient de precisă. De asemenea, se consideră patologică convenția care prevede supunerea litigiului arbitrajului într-o manieră facultativă (de exemplu: „părțile *pot recurge* la arbitraj...”), sau convenția care stipulează modalități impracticabile de desfășurare a arbitrajului.

Jurisprudența demonstrează că, în cazul acestor clauze, arbitrii sau jurisdicțiile statale ce controlează existența convenției de arbitraj recurg la o interpretare care permite – prin aplicarea principiului „efectului util” – să salveze clauza de arbitraj, restabilind intenția părților deformată prin ignoranța mecanismelor de arbitraj. În una din cauzele examinate de Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a Federației Ruse (dosarul nr.373/1994), tribunalul a stabilit că în competența lui intră soluționarea litigiului în cazul unei clauze arbitrale neclare, inserate în contract. În această situație, s-a luat în considerație faptul că reclamantul, depunând cererea la respectiva Curte, afirma că părțile au avut în vedere să supună litigiul anume acestei instanțe, iar pârâtul expunându-și obiecțiile contra cerințelor reclamantului, s-a referit la regulamentul aceleiași Curți, prin aceasta dându-și implicit acordul ca litigiul să fie tranșat anume de această instanță⁶.

C. Obligația instanței judecătorești sesizate cu o cerere de arbitraj valabilă de a se desesiza din oficiu. Principiul incompetenței jurisdicțiilor statale de a soluționa litigiile vizate de o convenție de arbitraj este consacrat atât în principalele convenții internaționale, cât și în reglementările naționale în materie de arbitraj.

Convenția de la New York din 1958 a formulat această regulă în art.II paragr.3: „tribunalul unui Stat contractant, sesizat cu un litigiu privind problema asupra căreia părțile au încheiat o convenție în sensul prezentului articol, va îndruma părțile la arbitraj, la cererea uneia din ele, dacă nu constată că zisa convenție este caducă, inoperantă sau nesusceptibilă de a fi aplicată”.



La fel, Convenția de la Geneva din 1961 recunoaște indirect principiul incompetenței jurisdicțiilor statale în prezența unei convenții de arbitraj. Ea dispune în art.VI paragr.3: „când înaintea oricărui recurs la o instanță judecătorească a fost introdusă o procedură de arbitraj, instanțele judecătorești ale Statelor contractante, sesizate ulterior cu o cerere referitoare la același litigiu, între aceleași părți, sau cu o cerere în constatarea inexistenței, a nulității sau a caducității convenției de arbitraj, vor suspenda, în afară de cazul când există motive grave, judecata asupra competenței arbitrului până la pronunțarea sentinței arbitrale”.

Legea 24/2008 formulează acest principiu în art.8, intitulat „Convenția de arbitraj și intentarea acțiunii în judecată asupra fondului litigiului”, care dispune că „instanța de judecată în care este intentată acțiune în litigiul ce constituie obiectul unei convenții de arbitraj scoate cererea de pe rol, la solicitarea unei părți, nu mai târziu de prima ei declarație asupra fondului litigiului, și trimite părțile în arbitraj, cu excepția cazului în care instanța de judecată constată că acea convenție este nulă, nevalabilă sau nesusceptibilă de executare. În același sens, art.267 lit.e) din CPC RM dispune că instanța judecătorească scoate cererea de pe rol în cazul în care părțile au încheiat un contract, prin care litigiul urmează a fi soluționat pe cale arbitrală, iar până la examinarea pricinii în fond, pârâțul a ridicat obiecții împotriva soluționării litigiului în judecată.

Jurisprudența națională cunoaște cauze în care instanțele de judecată s-au ghidat de prevederile citate mai sus. În speță, Colegiul economic al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova, examinând o un litigiu privind un contract de vânzare-cumpărare a unor aeronave, a statuat că instanța de fond a concluzionat just despre faptul că acțiunea, înaintată de reclamant, privind recunoașterea nulității contractelor de vânzare-cumpărare în litigiu, cade sub incidența prevederilor clauzei contractuale, în conformitate cu care toate litigiile apărute din aceste contracte ori care se referă la ele urmează a fi soluționate de Arbitrajul Comercial Internațional din or. Stockholm, Suedia, și corect a aplicat prevederile art.267 lit.e) CPC, dispunând scoaterea cererii de pe rol (Decizia nr.2re-211/2006 din 18.05.2006)⁷. O soluție similară a fost dată prin Decizia Colegiului economic al Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova nr. 2re-28/2003 din 24.07.2003.

După cum rezultă din prevederile art. 8 din Legea 24/2008 precitate, înainte de a lua decizia privind îndrumarea părților la arbitraj, instanța de judecată

este abilitată cu atribuția de a se pronunța asupra existenței sau valabilității convenției de arbitraj. În consecință, instanța de judecată nu se va desesiza, dacă va constata că respectiva convenție este, în termenii Convenției de la New York și ai Legii-tip UNCITRAL, „caducă, inoperantă sau nesusceptibilă de a fi aplicată”, (în engleză: „null and void, inoperative or incapable of being performed”; Legea 24/2008 consacră formula: „nulă, nevalabilă sau nesusceptibilă de executare”).

În această ordine de idei, se impun unele precizări pentru a clarifica sensul formulei în cauză. De notat că nu există o interpretare oficială a acestui text, însă semnificația acestor termeni a fost tratată în jurisprudență și în doctrină⁸.

Prin convenție arbitrală „caducă”, în contextul prevederilor citate, se înțelege convenția care este nevalabilă chiar din momentul încheierii ei, din cauza că nu sunt întrunite condițiile necesare pentru validitatea unui act juridic (capacitatea de a încheia actul în cauză, consimțământul liber exprimat, forma cerută de lege etc.).

Prin termenul „inoperantă”, în sensul textelor menționate, se are în vedere ipoteza în care convenția de arbitraj a încetat să mai producă efecte, de exemplu, din motivul că părțile s-au înțeles în acest sens sau demonstrează prin acțiuni concludente că acceptă soluționarea litigiului pe cale judiciară. Astfel, instanța de judecată va examina în fond acțiunea în litigiul ce constituie obiectul unei convenții de arbitraj, dacă pârâțul nu a ridicat obiecții împotriva soluționării litigiului în judecată (art.8 din Legea 24/2008, art.267 lit.e) din CPC).

Convenția de arbitraj este „nesusceptibilă de a fi aplicată”, atunci când tribunalul arbitral constată că procedura arbitrală nu poate avea loc efectiv. Este, de exemplu, cazul *clauzelor arbitrale patologice* (a se vedea *supra*).

Prezintă interes examinarea principiului incompetenței jurisdicțiilor statale de a soluționa litigiile vizate de o convenție de arbitraj în corelație cu principiul accesului liber la justiție – drept fundamental consacrat atât la nivel internațional, cât și pe plan intern. Într-adevăr, în aparență, refuzul instanței judecătorești de a primi spre soluționare un litigiu, ar afecta dreptul persoanei la „satisfacție efectivă din partea instanțelor judecătorești competente împotriva actelor care violează drepturile, libertățile și interesele sale legitime”, consfințit în art. 20 din Constituție.

În această ordine de idei, se impun următoarele precizări.



Primo. În majoritatea sistemelor juridice, funcția de a judeca este considerată ca un atribut al statului ca titular al suveranității⁹. Statul ca deținător al puterii legislative și puterii judecătorești are dreptul exclusiv de a înfăptui justiția pe întreg teritoriul său național, pentru orice fel de litigii și pentru toate categoriile de subiecți. Statul este însă liber să dispună ca în anumite domenii, strict determinate de lege, părțile în litigiu să fie autorizate să supună litigiul lor spre soluționare arbitrajului. Astfel, arbitrajul apare ca o formă delegată de justiție, încredințată prin voința suverană a statului unor persoane private ce nu au calitatea de magistrați și nu acționează în numele statului.

Între cele două activități jurisdicționale – cea statală și cea arbitrală – există o interferență, care rezultă din trăsăturile esențiale comune pe care acestea le comportă:

- ambele procese se conduc de aceleași principii fundamentale: egalitatea părților în proces, contradictorialitatea, respectarea dreptului la apărare etc.;

- atât judecătorul, cât și arbitrul, sunt investiți cu puterea de a emite decizii cu caracter obligatoriu, susceptibile de executare pe cale silită;

- ambele proceduri au aceeași finalitate: rezolvarea diferendelor izvorâte din raporturile comerciale internaționale.

În virtutea similitudinilor pe care le comportă activitatea judecătorească și cea a arbitrajului, se conchide că procedura arbitrală este de esență judiciară¹⁰. Într-o lume politică și economică în permanentă schimbare, arbitrajul stabilește un echilibru între necesitatea de a înfăptui justiția și imperativele moderne de celeritate și eficiență în rezolvarea disputelor ce apar în comerțul internațional. Arbitrajul comercial internațional apare ca o formă alternativă a justiției care vine să susțină justiția statală.

Secundo. Jurisdicția arbitrală se exercită sub controlul jurisdicției statale. Faptul că părțile încredințează tranșarea litigiilor lor unui tribunal arbitrar nu înseamnă că ele renunță la protecția din partea jurisdicției statale. Activitatea judecătorească și activitatea arbitrală sunt două elemente ale aceluiași edificiu: instituția arbitrajului nu poate fi detașată de activitatea jurisdicțională a statului, deoarece controlul judecătorec este chemat să vegheze asupra respectării legalității la redactarea convențiilor de arbitraj, asupra aplicării corecte a respectivelor convenții, precum și asupra respectării prevederilor legale pentru ca arbitrajul să se desfășoare în concordanță cu ordinea juridică națională. Astfel, controlul jurisdicției statale asupra arbitrajului comercial

internațional apare ca o protecție acordată părților aflate în litigiu contra unor eventuale încălcări ale drepturilor și intereselor lor ocrotite de lege, ca o garanție a statului în înfăptuirea justiției.

Tertio. Prevederile art.20 din Constituție sunt similare celor din art.6 paragr. 1 al Convenției Europene a Drepturilor Omului: „orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotărî fie asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil, fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptate împotriva sa”. Curtea Europeană a Drepturilor Omului a statuat „cu valoare de principiu” că, la aplicarea art. 6 paragr. 1 din Convenție, *nu interesează* natura dispoziției legale după care litigiul urmează a fi soluționat (civilă, comercială, financiară, fiscală etc.) și nici *natura autorității competente în materie (jurisdicție de drept comun, jurisdicție administrativă, jurisdicție corporatistă, organ administrativ etc.)*; singurul lucru care interesează este „caracterul dreptului în discuție”¹¹. Prin urmare, având în vedere că, în contextul judecării cauzelor privind „drepturile și obligațiile cu caracter civil” Curtea tratează noțiunea de „instanță independentă și imparțială instituită de lege” în sens larg, există toate temeiurile pentru ca jurisdicția arbitrală să fie privită ca o instituție, căreia i se delegă prin lege funcția de a judeca litigiile vizate în acordurile încheiate între părțile respectivelor litigii.

Quatro. Dincolo de argumentele aduse mai sus, legea națională conține prevederi exprese care vin să risipească orice îndoieli în privința compatibilității dintre principiul incompetenței jurisdicțiilor statale de a soluționa litigiile vizate de o convenție de arbitraj și principiul accesului liber la justiție. Art. 5 din CPC intitulat „Accesul liber la justiție”, statuează: „renunțarea uneia dintre părți de a se adresa în judecată prin încheierea în prealabil a unei convenții nu are efect juridic, cu excepția cazurilor de *încheiere a unei convenții de strămutare, în condițiile legii, a litigiului la judecata arbitrală*” (alin.(3)).

D. Intervenția jurisdicției statale în procesul arbitral. Art. 5 din Legea 24/2008 statuează cu valoare de principiu: „asupra relațiilor reglementate de prezenta lege nu se admite nici o intervenție din partea instanțelor de judecată, cu excepția cazurilor prevăzute de prezenta lege”. Astfel, legea garantează că toate cazurile posibile de intervenție a jurisdicției statale în procesul arbitral sunt clar specificate în normele legale.



Necesitatea unor asemenea intervenții este determinată de centralizarea, specializarea și eficacitatea organelor jurisdicționale statale, cât și de faptul că aducerea la îndeplinire a hotărârii date de un tribunal arbitral, în cazul refuzului de a o executa benevol, este posibilă doar cu aplicarea forței de constrângere a statului.

În linii mari, potrivit legislației noastre naționale, intervenția jurisdicției statale se rezumă la următoarele situații:

– după cum s-a menționat *supra*, în virtutea art. 8 din Legea 24/2008, instanța de judecată se poate pronunța asupra existenței sau valabilității convenției de arbitraj;

– instanța de judecată, la cererea unei părți a procedurii arbitrale, poate încuviința sau refuza executarea unei măsuri asigurătoare sau măsuri provizorii cu privire la obiectul litigiului, dispuse de tribunalul arbitral (art. 17 din Legea 24/2008);

– instanța de judecată, la cererea tribunalului arbitral sau a unei părți în proces, poate acorda asistență la obținerea probelor (art. 17 din Legea 24/2008);

– instanța de judecată, în prezența temeiurilor prevăzute de lege, poate desființa hotărârea arbitrală (art. 37 din Legea 24/2008; art. 477-481 CPC);

– instanța de judecată, la cererea părții interesate, recunoaște hotărârea arbitrală, indiferent de țara în care a fost pronunțată, și asigură executarea ei, sau, în cazurile prevăzute de lege, refuză recunoașterea sau exectarea unei asemenea hotărâri (art. 38 și 39 din Legea 24, art. 467-476, 482-486 CPC).

Reglementările legislațiilor naționale privind intervenția jurisdicției statale în arbitrajul comercial internațional au ca scop: facilitarea bunei desfășurări a procesului arbitral, protejarea părților aflate în litigiu contra unor eventuale încălcări ale drepturilor și intereselor lor ocrotite de lege, dar și protejarea

jurisdicției arbitrale contra unor eventuale intervenții imprevizibile și abuzive din partea jurisdicției statale, în măsură să afecteze procesul arbitral, întemeiat pe un acord încheiat între subiecții raporturilor comerciale internaționale, care au convenit să excludă competența instanțelor judecătorești, preferând rapiditatea, suplețea și caracterul definitiv al procesului arbitral.

Note:

¹ Level P., *L'arbitrabilité* // *Revue de l'arbitrage*, 1994, p. 213.

² Goloubtchikova-Ernst T., *L'extension de l'arbitrabilité dans l'arbitrage commercial international*, www.warvarbitration.com/pdf/Arbitrabilité_art.pdf

³ *Monitorul Oficial al RM*, nr.88-89/316 din 20.05.2008.

⁴ *Monitorul Oficial al RM*, nr.19-21/69 din 03.02.2009.

⁵ Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B., *Traité d'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, p. 289-290.

⁶ *Практика Международного коммерческого арбитражного суда. Научно-практический комментарий*, Москва, 1997, с.204.

⁷ *Buletinul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova*, 2006, nr.10, p.22.

⁸ Комаров А.С., *Некоторые актуальные вопросы международного коммерческого арбитража в Российской Федерации* // *Международный коммерческий арбитраж*, 2004, №1, с. 11-13.

⁹ Jacquet J.-M., Delebecque Ph., *Droit du commerce international*, Dalloz, Paris, 2000, p. 313.

¹⁰ Costin M., Deleanu S., *Dreptul comerțului internațional, vol.I, partea generală*, Lumina Lex, București, 1994, p. 170-173.

¹¹ A se vedea: CEDO, hotărârea din 16 iulie 1971, în cauza Ringeisen contra Austriei, Seria A, art.13, paragr. 94; hotărârea din 29 mai 1986, în cauza Feldburgge contra Țărilor de Jos, Seria A, nr.99, paragr. 26.



DEZVOLTAREA ARBITRAJULUI ÎN REPUBLICA MOLDOVA

Dumitru POSTOVAN,
doctor în drept,

*Președintele Curții de Arbitraj Comercial Internațional
de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a Republicii Moldova*

La 31 mai 1994, Parlamentul Republicii Moldova a adoptat *Legea cu privire la judecătoria arbitrală (arbitraj)*. A fost o novelă atât pentru activitatea legislativă, cât și pentru practica de soluționare a disputelor. Până atunci, orice litigiu izvorât dintr-un raport juridic civil se soluționa de către stat, de organele statale, în primul rând de către instanțele de judecată. Când cei ce considerau că li s-a încălcat un drept, cei care aveau pretenții patrimoniale, dar și nepatrimoniale, se adresau în judecată, nu aveau posibilitatea de a alege.

Această lege, cu noțiuni și reglementari destul de generale, a deschis o astfel de posibilitate.

În același an, Camera de Comerț și Industrie a constituit Curtea de Arbitraj Comercial Internațional, care la fel marchează 20 de ani de la înființare.

Ulterior, au fost create și alte instituții permanente de arbitraj pentru soluționarea diferitelor litigii.

Inițial, Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie soluționa doar litigii cu caracter comercial internațional. De menționat că inițiativa de a insera în contract convenția de arbitraj venea de la agentul economic din străinătate. Analiza dosarelor arbitrale din acea perioadă demonstrează că litigiile apăreau din cauza nerespectării condițiilor contractuale de către partea moldavă, care ignora și clauza arbitrală semnată de ea, dar și tribunalul arbitral în întregime: nu era luat în serios, considerând arbitrajul o butaforie, un decor, care nu obligă la nimic.

Încet, dar ferm, această atitudine a oamenilor de afaceri din Moldova care practică comerțul internațional s-a schimbat, însușind și particularitățile arbitrajului.

Astfel în perioada ce s-a scurs, au fost examinate și soluționate litigii de către Curtea de Arbitraj Comercial Internațional, în care părțile aflate în litigiu reprezentau mai multe țări: România, Rusia, Ucraina, Turcia, Bulgaria, Cehia, Germania, SUA, China, Italia, Cipru, Kârgâzstan, Egipt, Belarus, Serbia ș.a., în conformitate cu dreptul aplicabil ales de părți.

Actualmente, în lista arbitrilor aprobată de către Consiliul Camerei de Comerț și Industrie, sunt incluși 59 de arbitri, juriști cu o bogată experiență în domeniu, 30 dintre ei fiind arbitri din alte țări. Lista are un caracter de recomandare. Părțile pot să numească și din afara listei arbitri, care, după părerea lor, întrunesc

toate calitățile de a le soluționa litigiul în mod profesionist, obiectiv, legal și echitabil.

Cu concursul și participarea activă a Camerei de Comerț și Industrie, în 2008, au fost adoptate de către Parlament două legi: *Cu privire la arbitraj (intern)* și *Cu privire la arbitrajul comercial internațional*.

În baza acestor legi, Camera de Comerț a aprobat două Regulamente corespunzătoare, cu privire la arbitrajul intern și cel internațional, precum și Regulamentul cu privire la mediere, în conformitate cu *Legea cu privire la mediere*, adoptată de Parlament la 14.06.2007.

Din 2003, Curtea de Arbitraj face parte din Grupul European de Arbitraj, creat de către Curtea de Arbitraj Internațional de pe lângă Camera de Comerț Internațională din Paris. La Adunările anuale ale acestui Grup, are loc o informare reciprocă, se dezbate diverse probleme, se aprobă cele mai bune practici arbitrale.

Curtea de Arbitraj azi are capacitatea de a soluționa litigii comerciale interne și internaționale, cât de complicate nu ar părea.

Pentru mediatizarea arbitrajului, Camera de Comerț și Industrie, în anul 2003, a organizat și desfășurat o Conferință științifico-practică internațională la care au participat peste 400 de oameni de afaceri, juriști, economiști din Republica Moldova, dar și de peste hotare. O astfel de conferință a fost organizată și în 2010. Prin intermediul mass-media se întreprind și alte acțiuni de promovare a arbitrajului.

Cu toate acestea, cu regret constatăm că, deși sunt constituite mai multe instituții permanente de arbitraj, litigii soluționate pe această cale sunt puține. Și asta după 20 de ani de la adoptarea Legii cu privire la arbitraj.

Mai mult, în ultimii ani, numărul dosarelor arbitrale cu caracter internațional chiar e în scădere.

Datele statistice culese din activitatea altor instituții de arbitraj de peste hotare arată că și acolo soluționarea litigiilor cu participarea persoanelor juridice din Republica Moldova este nesemnificativă.

Ne întrebăm, poate nu sunt încheiate contracte sau se execută fără probleme, iar neînțelegerile se aplează pe cale amiabilă, prin negocieri, conciliere sau mediere? Nu dispunem de astfel de date.

Totuși, conform datelor statistice ale Curții Supreme de Justiție, instanțele de judecată comerciale examinează un număr impunător de litigii cu caracter economic, comercial.



Care-i cauza acestei stări de lucruri?

Nu credem că există un răspuns unic și complet la această întrebare. La unele din cauze, am putea indica. Conducătorii întreprinderilor, oamenii de afaceri nu cunosc această formă de soluționare a litigiilor.

În anul 2010, în urma unui sondaj efectuat de Camera de Comerț și Industrie printre oamenii de afaceri, peste 30% dintre respondenți au menționat că nici nu au auzit de arbitraj. La fel au răspuns și o parte din conducătorii de întreprinderi în acest an.

O bună parte din firme, societăți comerciale nu au servicii juridice, care ar consulta în problema aplanării litigiilor. Cu regret, trebuie să constatăm că chiar și unii juriști nu cunosc specificul soluționării litigiilor prin arbitraj, avantajele lui, și nu recomandă oamenilor de afaceri să insereze clauza arbitrală în contracte sau să apeleze la această formă de soluționare a litigiului apărut pe parcurs.

Există un scepticism în ce privește arbitrajul, ca formă de soluționare a litigiilor. Cei care ar dori să utilizeze arbitrajul consideră că el este mult condiționat, le este frică că tribunalul arbitral ar putea pronunța o hotărâre ilegală, nedreaptă, care nu poate fi atacată cu apel ori recurs, și cel mai important că această hotărâre ar putea rămâne neexecutată.

De aceea ei în continuare se adresează în instanța de judecată, chiar și atunci când părțile au convenit ca litigiile izvorâte din contract să fie soluționate prin arbitraj.

În anul 2012, Ministerul Justiției (autor Z.Guțu) a efectuat un studiu privind funcționarea instituției arbitrajului în Republica Moldova, realizat întru executarea Planului de Acțiuni pentru implementarea Strategiei de Reformare a Sectorului Justiției pentru anii 2011-2016, aprobat de Parlamentul Republicii Moldova.

Scopul studiului a fost de a identifica ansamblul instrumentelor juridice internaționale și interne în domeniul arbitrajului și de a determina obiectivele de consolidare și îmbunătățire a cadrului legal, care condiționează funcționalitatea și eficiența alternativă de soluționare a litigiilor.

Au fost identificate peste 90 de acte internaționale multilaterale la care a aderat Republica Moldova, și care conțin reglementări privind arbitrajul. Cea mai mare parte din instrumentele juridice identificate conțin referințe privind soluționarea prin arbitraj a diferendelor dintre statele semnatare, legate de aplicarea sau interpretarea convențiilor.

De asemenea, au fost identificate 80 de acorduri bilaterale, care conțin reglementări privind arbitrajul.

Baza normativă a acestei activități se consideră suficientă, dar necesită a fi revizuită.

Cadrul legislativ intern cu privire la arbitraj cuprinde Codul civil, Codul de procedură civilă, 2 legi speciale cu privire la arbitrajul intern și cel internațional,

dar și alte acte legislative, care fac referință la soluționarea litigiilor prin arbitraj – în studiu se face referire la 18 astfel de legi.

Autorul studiului indică pentru fiecare din aceste legi modificările, completările sau precizările ce trebuie făcute pentru buna funcționalitate a institutului arbitrajului.

Revizuirea legislației arbitrale naționale este printre activitățile prioritare preconizate pentru atingerea dezideratelor enunțate în Strategia de Reformare a Sectorului Justiției pentru anii 2011-2016 și Planul de Acțiuni pentru implementarea Strategiei, acte legislative care pentru prima dată au abordat atât de complex necesitățile sistemului alternativ de soluționare a litigiilor. Actualmente, problemele identificate în pilonul 5 al Planului de Acțiuni se studiază pentru corecta lor soluționare. Conferința actuală se înscrie în acțiunile de realizare a măsurilor din Planul de Acțiuni.

Scopul studiului a fost, de asemenea, de a prezenta o analiză detaliată a actelor naționale care afectează funcționalitatea instituției juridice a arbitrajului și interacțiunea acestora cu instanțele de judecată în vederea consolidării și modernizării legislației arbitrale naționale, urmând experiența statelor, care au avansat în acest domeniu.

Arbitrajul, ca și alte forme alternative de soluționare a litigiilor, nu vine să substituie justiția statală. Din contra, dezvoltarea arbitrajului depinde, în mare măsură, de suportul sistemului judiciar – în special la executarea deciziilor arbitrale.

Șansele ADR în general și perspectivele arbitrajului în special constituie un subiect aparte de analiză, concluzii și recomandări/propuneri.

În primul rând, cadrul legal, ce constituie o primă condiție pentru avansarea sistemului alternativ.

Perioada ce s-a scurs a demonstrat că pentru buna desfășurare a arbitrajului nu este de ajuns doar cadrul legal: arbitrabilitatea, procedurile arbitrale, executarea hotărârilor arbitrale. Este important ca potențialii utilizatori să cunoască această formă și s-o accepte.

Vorbim despre avantajele soluționării litigiilor pe calea arbitrajului în raport cu soluționarea lor în instanțele de judecată. Dar când aceste avantaje se fac simțite de către utilizatorii arbitrajului? Atunci când convenția de arbitraj a fost liber și conștient de către părți acceptată și după apariția litigiului totalmente s-au conformat prevederilor ei, inclusiv hotărârea arbitrală a devenit definitivă și executorie, iar executarea a fost benevolă.

În practică, cu regret sunt și numeroase cazuri când până la executarea reală a unei hotărâri arbitrale reclamantul are de parcurs o cale plină de obstacole și nu numai cele create de părât, ci cele ce țin de unele prevederi legale cu privire la arbitraj, aspecte, de care și profită părâtul, adesea nu fără succes.

Este vorba, în primul rând, de Convențiile de ar-



bitraj nule, abuzive, patologice, inoperante, care fac arbitrajul imposibil, iar părătul sub diferite pretexte nu comunică cu reclamantul pentru a determina căile de soluționare a litigiului, nici prin judecată, nici prin arbitraj. Chiar dacă tribunalul arbitral se declară competent, examinează și pronunță hotărârea, părătul se opune executării invocând diverse împrejurări pe care personal le-a și creat.

Da, și știința juridică, și legislația, și practica (judiciară și arbitrală) trebuie să studieze și să ia în calcul toate aceste împrejurări pentru a croi calea arbitrajului, ca toată procedura arbitrală să aibă o finalitate pozitivă. În caz contrar, cine va mai dori să apeleze la arbitraj?

Dar mai simplu este de a preveni astfel de situații. La încheierea contractelor, părțile trebuie să fie conștiente de specificul arbitrajului, de consecințele hotărârilor arbitrale (că sunt definitive, obligatorii, nu au căi de atac a fondului hotărârii) și să-și dea liberul consimțământ la așa un mod de soluționare.

Acești 20 de ani de la adoptarea primei legi cu privire la judecătoria arbitrală (arbitraj) și până în prezent au demonstrat că persoanele juridice, dar și fizice, nu acceptă alte forme de soluționare a litigiilor decât prin judecată. Mai mult e o deprindere, dar și o neîncredere către noile mijloace chiar și pentru cei ce cunosc particularitățile negocierii, medierii și ale arbitrajului.

Expertul german R.Knieper a făcut un studiu în acest domeniu în țările ex-sovietice și a concluzionat că, deși se depun anumite eforturi, aplicarea noilor forme este restrânsă. Printre factorii care împiedică acceptarea arbitrajului se numără lipsa unei culturi a relațiilor contractuale.

De aceea, spune expertul, șansele lor, în general, și perspectivele arbitrajului, în special, constituie un substrat aparte între analiștii în domeniu.

Aceste concluzii sunt valabile și pentru Republica Moldova.

Când vorbim despre cultura relațiilor contractuale, se are în vedere că părțile conștientizează rolul, importanța oricăror clauze contractuale, obligațiunile fiecărei dintre părți întru buna lor executare, cât și consecințele neexecutării, care prin consimțământul liber exprimat și le-au asumat să le suporte.

Includerea convenției de arbitraj cu indicarea instituției permanente de arbitraj, cât și a altor elemente obligatorii pentru convenție nu creează nici un fel de obstacole pentru formarea tribunalului arbitral, soluționarea lui, emiterea hotărârii arbitrale și executarea ei benevolă de către partea care a pierdut procesul.

Însă practica soluționării litigiilor izvorâte din contractele comerciale, denotă faptul că de acest mod de interpretare a contractului deseori părțile nu țin cont. Ele se bucură că s-au găsit unele pe altele și discută

despre relațiile comerciale în general. Atenția lor la încheierea contractului este îndreptată, după cum e și firesc, la obiectul contractului, prețul, calitatea și cantitatea mărfii, termenii de executare. La acel moment, părțile se consideră ambele de bună credință, nu admit neexecutarea contractului sau executarea neglijentă, neconștiincioasă. De aceea nu includ clauzele cu privire la penalitate, la rezilierea contractului, la modul de soluționare a litigiului.

Iar convenția de arbitraj imperfectă, cât și comportamentul părților, de obicei al părătului, adesea face imposibilă soluționarea litigiului prin arbitraj.

Anume din aceste, cât și din alte cauze, arbitrajul devine greoi, se târăgănează. Dacă totuși tribunalul arbitral se declară competent, examinează și emite hotărârea, instanța de judecată o poate desființa: în așa situații, părțile pot în viitor să nu mai recurgă la arbitraj.

Acest lucru a fost demonstrat la întâlnirile cu oamenii de afaceri din țară, convocate pentru perspectiva aderării Republicii Moldova la Uniunea Europeană, una dintre reglementările căreia este de a soluționa litigiile comerciale prin arbitraj.

Dacă despre arbitraj unii conducători ai întreprinderilor cel puțin au auzit, despre mediere nu aveau nici idee.

Din păcate, și aceasta demonstrează tânăra noastră practică arbitrală, la încheierea contractelor părțile nu acordă nici o atenție la felul cum va fi soluționat litigiul izvorât din contract, fie că nu indică în nici un fel, fie tradițional prin judecata de drept comun, fie prin arbitraj, fără a include și cerințele obligatorii pentru o convenție de arbitraj – una dintre ele instituția de arbitraj care va soluționa litigiul. De unde și toate problemele.

De aceea este foarte important, pentru buna desfășurare a arbitrajului, informarea detaliată a oamenilor de afaceri despre specificul arbitrajului, întocmirea corectă a convenției de arbitraj, a arbitrajului ad-hoc, rolul și drepturile părților în acest proces.

Cele expuse *supra* trebuie să le cunoască conducătorii de întreprinderi, oamenii de afaceri, serviciile juridice.

Desigur, toate contractele încheiate trebuie executate benevol de părți în conformitate cu clauzele contractuale. În realitate aceasta și se întâmplă, e și firesc!

Și totuși litigiile apar și ele cer soluționare. Sunt mai multe căi de soluționare a lor pe cale amiabilă: prin negocieri directe, prin conciliere, mediere, ele fiind considerate cele mai civilizate forme de soluționare a litigiilor. În țările unde se practică aceste forme alternative de soluționare a litigiilor, accesul la justiție – adresarea cu cereri în instanța de judecată – este doar un drept al părților în litigiu, o posibilitate de a-și soluționa cazul pe cale silită impusă de stat. Părțile



aflate în litigiu au dreptul să aleagă între formele alternative – justiția privată și cea statală.

Este important ca agenții economici să aibă suport juridic consistent în ceea ce privește arbitrajul. O astfel de asistență juridică o pot acorda consultanții juridici, avocații, firmele juridice de profil.

Această pătură de specialiști practic lipsește.

Deși în instituțiile de învățământ superior cu profil juridic, la diferite discipline se predau și unele noțiuni de arbitraj, cunoștințele obținute nu sunt suficiente pentru o asistență juridică de calitate.

Conștientizând acest lucru, la unele facultăți de drept se predă o disciplină aparte: „Arbitrajul Comercial Internațional”. Dar și aici apar alte probleme: cine sunt profesorii? În majoritatea cazurilor, ei nu au aptitudini practice, nu cunosc particularitățile arbitrajului. Pe deasupra, nu este elaborat și aprobat un curriculum care să corespundă cerințelor, nu există un manual după care ar studia individual și studenții. La inițiativa Camerei de Comerț și Industrie, în februarie, Ministerul Educației a convocat reprezentanții facultăților de drept din republică cu care s-a discutat instruirea studenților în acest domeniu. Actualmente, se caută cele mai optime metode de instruire a viitorilor juriști în ceea ce privește arbitrajul.

Posibil, din aceste cauze, nu avem nici teoreticieni, cercetători în acest domeniu. Credem că profesorii care predau sau vor predă arbitrajul, fiind și arbitri, vor putea îmbina teoria și practica, dezvoltând și aspectele științifice ce țin de arbitraj.

Această îmbinare a teoriei și practicii poate da roade și prin activitatea unor firme juridice, sau a barourilor de avocați specializate. Societatea juridică, Uniunea Avocaților, Uniunea Juriștilor din Moldova trebuie să mediteze în acest sens.

Când agentul economic este în fața unui litigiu izvorât dintr-un contract, în care este parte, apare întrebarea firească, cum să-l rezolve operativ, necostisitor și echitabil.

Arbitrajul este unul din mijloacele eficace de soluționare a litigiilor comerciale internaționale, răspândit și recunoscut de toată lumea.

Pe lângă consimțământul liber al părților de a supune soluționarea litigiilor arbitrajului, părțile sunt în drept să se determine și asupra altor momente importante pentru buna desfășurare a arbitrajului. Unul din aceste elemente ale convenției de arbitraj este alegerea locului desfășurării arbitrajului.

Alegerea locului desfășurării arbitrajului – aceasta nu e o întrebare pur geografică. Locul desfășurării arbitrajului este un factor real de conexiune între dreptul aplicabil și regulile de procedură a arbitrajului, aceasta-i legătura dintre drepturile fixate în contract și drepturile și obligațiunile procesuale ale părților și arbitrilor. Un moment important în alegerea locului desfășurării arbitrajului depinde de nivelul

de amestec al statului (a instanțelor de judecată) în procesul arbitral, de prevederile legale de a desființa hotărârile arbitrale.

Practica arbitrală internațională demonstrează că legislațiile naționale vizavi de arbitraj la acest capitol nu sunt uniforme. În pofida faptului că în toate țările sunt reglementate competențele instanțelor de judecată de a examina contestațiile hotărârilor arbitrale, posibilitățile de desființare a lor sunt diferite – în unele state sunt mai largi, în altele reduse până la minimum.

În Republica Moldova, prevederile legale în ceea ce privește rolul instanțelor judecătorești în procesul arbitral corespund standardelor internaționale, principiilor UNCITRAL.

Legea cu privire la arbitrajul comercial internațional, adoptată în 2008, corespunde exact cu Legea-model recomandată de ONU.

Aceleași principii le găsim și în Legea cu privire la arbitrajul intern, precum și în Codul de procedură civilă.

Problema constă în felul cum se respectă prevederile legale cu privire la arbitraj de către instanțele de judecată.

Este cunoscut rolul instanțelor de judecată în activitatea de arbitraj, de a-l promova, de a-l susține și de a controla deciziile arbitrale.

La capitolele susținere și verificare, judecătorii se conduc de prevederile legale, deși nu de fiecare dată.

Sunt înregistrate cazuri, când instanțele de judecată de drept comun rețin spre examinare litigiile comerciale izvorâte din contract, în care este stipulată clauza arbitrală și una din părți invocă acest lucru sau remite părțile în arbitraj la o etapă a examinării, când legea interzice acest lucru, când în ordine de contestare desființează hotărârile arbitrale oferind o interpretare eronată a prevederilor legale, ce permit desființarea ș.a.

Se simte că unii judecători nu cunosc particularitățile procedurii arbitrale.

Curtea de Apel Chișinău a trimis la rejudecare în arbitraj un litigiu pe marginea căruia prima instanță a pronunțat o hotărâre. În instanța de apel, pârâtul a invocat clauza arbitrală din contract, deși inițial, în prima instanță nu a făcut acest lucru, și deci a fost de acord cu examinarea litigiului în instanța de judecată de drept comun.

La acea etapă, Curtea de Apel nu mai putea trimite dosarul la rejudecare în arbitraj.

În Decizia instanței se operează cu noțiunea de strămutarea litigiului la judecata arbitrală, deși strămutarea pricinilor poate avea loc doar între instanțele de judecată.

În tot cazul, Curtea Supremă de Justiție corectează greșelile instanțelor inferioare. Cu toate acestea, e necesară o Hotărâre a Curții Supreme de Justiție cu caracter explicativ care ar fi utilă atât pentru judecă-



tori, dar și pentru arbitri, pentru toți participanții la procesul arbitral.

Cât privește costurile arbitrale – ele sunt cele mai joase în regiune.

Acești factori ar trebui fără rezerve să determine părțile să aleagă Republica Moldova locul soluționării litigiilor. Or, acest lucru nu se întâmplă.

Sunt cauze interne și externe. Pe lângă faptul că se adoptă legi (repetăm, bune legi), ele se cer promovate, ca potențialii utilizatori să le cunoască. Trebuie să fie o activitate permanentă a instituțiilor statale în speță, dar și a organizațiilor neguvernamentale, inclusiv a instituțiilor permanente de arbitraj. Aici există restanțe serioase.

Deși Camera de Comerț și Industrie întreprinde periodic acțiuni de acest gen, recunoaștem că nu sunt suficiente.

La încheierea contractelor, partea străină nu dorește să fixeze în clauza compromisorie soluționarea litigiilor, care pot apărea într-un arbitraj din Republica Moldova. Motivul – nivelul înalt de corupție.

Despre acest fenomen peste hotare se cunoaște, și altfel nici nu poate fi, noi, acasă, vorbim despre acest lucru la tot pasul. Vrem să credem că implementarea cu succes a Strategiei și a Planului de Acțiuni privind Reforma în Sectorul Justiției va diminua substanțial acest fenomen și această teamă va dispărea.

Conform Planului de Acțiuni pentru implementarea Strategiei de Reformare a Justiției (Pilonul nr. 5), se întreprind și vor fi întreprinse în continuare activități de informare a oamenilor de afaceri, dar și a publicului larg asupra dreptului de a alege formele și mijloacele de soluționare a disputelor.

Concomitent, în același Plan de Acțiuni este prevăzut și procesul de formare, de instruire a mediatorilor, arbitrilor, dar și a judecătorilor, avocaților, funcționarilor publici, pentru soluționarea litigiilor prin formele alternative, prin arbitraj, iar acest proces trebuie să corespundă practicilor internaționale.

Actualmente, este elaborată o nouă Lege cu privire la mediere, se analizează legislația cu privire la arbitraj pentru a o modifica conform rigorilor europene.

Se propune din nou să se elaboreze o singură lege cu privire la arbitraj.

Camera de Comerț și Industrie, Curtea de Arbitraj pledează în continuare pentru două legi: este mai comod la nivel aplicativ, dar și la modificare, completare, în caz de necesitate. Este și o recomandare a Comisiei ONU.

Nu este o practică doar a țării noastre. Din categoria statelor cu legislație arbitrală dualistă fac parte Franța, Confederația Elvețiană, SUA, Australia, Italia, dintre republicile ex-sovietice Rusia, Ucraina ș.a.

În Franța, de exemplu, există o distincție clară între reglementările arbitrajului intern și cel internațional. Comun este aspectul ce ține de reglementarea autono-

miei părților, pe de o parte, care este garantată și, totodată, dreptul instanțelor de judecată de a supraveghea arbitrajul, care de asemenea este strict reglementat.

În legislația franceză, se dă de asemenea noțiunea clară de „arbitraj internațional”, care nu permite să ducă la confuzii, ambiguități. La fel sunt reglementate și alte categorii juridice, ce țin de activitatea arbitrală.

În legislația națională privind arbitrajul, este necesar a concretiza materia litigiilor care pot fi supuse arbitrajului. Revizuirea normelor privind arbitrabilitatea este necesară pentru a delimita mai clar litigiile care nu pot fi supuse arbitrajului. Este oportun de a prelua cele mai bune practici internaționale în acest sens, când prin intermediul arbitrajului se soluționează o gamă mai largă de litigii.

Arbitrabilitatea unui litigiu concret depinde și de conținutul și forma convenției arbitrale, de capacitățile de exercițiu și de folosință a părților contractuale.

Revizuirii trebuie supus și Codul de procedură civilă privind competența instanțelor de judecată în raport cu arbitrajul.

Cu adevărat, la aceste, dar și la alte aspecte materiale și procesuale, noi avem restanțe, dar sperăm să le acoperim în procesul perfecționării legislației arbitrale, ce va contribui la o mai bună desfășurare a arbitrajului.

În acest context, avem nevoie de arbitri bine pregătiți care ar soluționa litigii comerciale interne și internaționale de orice complexitate, care cunosc mai multe limbi străine, în primul rând engleza. Credem că este necesară stagierea arbitrilor în centrele de arbitraj europene, cum ar fi cel din Paris ori Stockholm. Cei interesați ar putea să-și aprofundeze cunoștințele dar și aptitudinile practice la Academia de Arbitraj de pe lângă Camera Comercială Internațională din Paris.

Deoarece activitatea arbitrală nu este strict reglementată, participanții la proces au o largă marjă de libertate în a-și alege mijloacele de argumentare a pozițiilor, a comportamentului pe tot parcursul procesului arbitral.

Pentru o uniformizare a practicii arbitrale, în scopul de a nu se admite devieri serioase ce ar compromite arbitrajul, de a se exclude abuzurile de drept, Consiliul Asociației Internaționale a Juriștilor, generalizând practica arbitrală, a elaborat anumite principii directe pentru buna desfășurare a arbitrajului. Astfel, la 22 mai 2004 au fost aprobate principiile referitoare la conflictele de interese în arbitraj, la 22 mai 2010 – referitoare la obținerea probelor, în octombrie 2010 – referitor la întocmirea convenției de arbitraj, la 25 mai 2013 – referitoare la reprezentarea părților în arbitrajul internațional.

Pe lângă faptul că aceste principii directe servesc material îndrumător, ajută la desfășurarea arbitrajului, contribuie la adoptarea unei hotărâri drepte,



conforme intereselor părților, dreptului aplicabil, normelor morale, pentru cei ce li s-a lăsat să decidă în mod discreționar, ele sunt și un hotar sau o limită a acestei puteri discreționare.

Aceste principii trebuie cunoscute de către arbitri, de către avocați, părțile în proces pentru corecta lor aplicare, dar și de către judecători. În același context, de menționat că Consiliul Internațional pentru arbitrajul comercial, cu concursul Curții permanente de Arbitraj de la Haga, au elaborat un *Îndrumar* cu privire la interpretarea Convenției de la New York din 1958 – manual pentru judecători, dar util și pentru toți cei interesați de arbitraj. Este o generalizare a practicii arbitrale, dar și o recomandare de a aplica uniform și univoc. Este un instrument, care ar trebui studiat de către judecători pentru corecta aplicare a prevederilor Convenției în ce privește recunoașterea și executarea silită a hotărârilor arbitrale străine.

Promovarea arbitrajului trebuie să devină o problemă complexă, desfășurată de către stat, de către instituțiile neguvernamentale, mass-media, de către colectivitățile de juriști (firmele juridice), de către judecători și avocați, instituții de învățământ, dar și de către instituțiile permanente de arbitraj, de către arbitri.

Se cer forme organizatorice de promovare a arbitrajului.

Azi, noi nu putem spune cu exactitate câte instituții permanente de arbitraj activează în Republica Moldova, cum activează ele.

Considerăm oportun, pe lângă faptul că este informată Curtea Supremă de Justiție despre crearea acestor instituții, să se ducă un Registru de către Ministerul Justiției, așa cum se procedează în alte state. Ministerul Justiției ar trebui să convoace o întrunire a reprezentanților acestor instituții, pentru a coordona activitatea lor în procesul de promovare. Este bine venită constituirea unei Asociații a arbitrajelor care ar analiza starea de lucruri a funcționalității arbitrajului în întregime, ar întocmi un Plan de Acțiuni pentru implementarea legislației și buna activitate a arbitrajului.

Aceste restanțe, neajunsuri, dificultăți azi sunt pe cale de a fi depășite, se creează premise pentru realizarea deplină a formelor alternative de soluționare

a litigiilor și credem că, într-un viitor apropiat, vom vorbi despre rezultate palpabile în acest domeniu.

Altfel nici nu poate fi. Într-o societate democratică, omul este liber, are dreptul și posibilitatea de a alege, inclusiv formele de soluționare a disputelor.

Comerțul, inclusiv internațional, e o necesitate vitală. Soluționarea litigiilor izvorâte din contractele comerciale prin arbitraj, de asemenea, devine o necesitate, iar necesitatea, după expresia clasicului, își croiește calea printr-un număr infinit de întâmplări și greutăți, adăugăm noi.

Note:

¹ Legea nr.129-XIII din 31 mai 1994 cu privire la judecata arbitrală (arbitraj) // *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 1994, nr.2 (partea I), art.12.

² Legea nr. 23 din 22.02.2008 cu privire la arbitraj // *Monitorul Oficial al RM*, nr. 88-89 din 20.05.2008, art. 314.

³ Legea nr. 24 din 22.02.2008 cu privire la arbitrajul comercial internațional // *Monitorul Oficial al RM*, nr. 88-89 din 20.05.2008, art.316.

⁴ Codul de procedură civilă al Republicii Moldova nr.225-XV din 30.05.2003 // *Monitorul Oficial al RM*, nr. 111-115/451 din 12.06.2003.

⁵ Strategia de Reformă a Sectorului Justiției 2011-2016, aprobată prin Legea nr. 231 din 25 noiembrie 2011 // *Monitorul Oficial al RM*, nr. 1-6 din 06.01.2012, art. 6.

⁶ Planul de Acțiuni pentru implementarea Strategiei de Reformă a Sectorului Justiției pentru anii 2011-2016, adoptat prin Hotărârea Parlamentului Republicii Moldova nr.6 din 16.02.2012 // *Monitorul Oficial al RM*, nr. 109-112 din 05.06.2012, art.371.

⁷ Studii privind funcționarea instituției arbitrajului în Republica Moldova, realizate în anul 2012, cu susținerea proiectului UNDP.

⁸ Knieper R., *The not-so-silky to Commercial Arbitration in Post-Soviet Countries*.

⁹ Legea-model din 1985 privind arbitrajul comercial internațional, adoptată de Comisia ONU pentru Dreptul Comercial Internațional, aprobată de Adunarea Generală a ONU.

¹⁰ *Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской Конвенции 1958 года*, Инфотроник Медиа, Москва-Берлин, 2012.

¹¹ Руководящие принципы Международной Ассоциации юристов (www.ibanet.org).



IMPORTANȚA DISCIPLINEI *ARBITRAJUL COMERCIAL INTERNAȚIONAL* PENTRU FORMAREA COMPETENȚELOR PROFESIONALE ALE SPECIALIȘTILOR ÎN DREPT ÎN CONDIȚIILE ECONOMIEI DE PIAȚĂ

Gheorghe AVORNIC,
doctor habilitat în drept, profesor universitar

Activitatea în domeniul educației și pregătirii viitorilor juriști și aflându-mă în contact permanent cu reprezentanții angajatorilor, m-a determinat să ajung la concluzia că este necesar și util a elabora un curs special, o disciplină distinctă cu denumirea *Arbitrajul comercial (intern și internațional)*¹.

Cercetând planurile de studii în diverse instituții de învățământ superior din cadrul diferitelor sisteme de drept, în mod special ale universităților din statele vecine, am constatat că, practic, nimeni nu a introdus un curs special distinct în această materie de studiu².

Așadar, în baza instituției pe care o reprezint, nu am renunțat la această idee, chiar dacă majoritatea colegilor noștri susțin că sunt suficiente câteva ore în cadrul disciplinei *Dreptul comerțului internațional*. Să elucidăm argumentele în susținerea ideii de a introduce această disciplină la ciclul I de licență și a unui curs special la ciclul II masterat în domeniile dreptului privat.

Am să încep cu studiul efectuat de către Zinaida Guțu privind funcționarea Instituției Arbitrajului în Republica Moldova cu susținerea proiectului UNDP „Transitional Capacity Support for the public Administration of Moldova” în 2012³, în care autoarea analizează arbitrajul și sistemul procedurilor alternative de soluționare a litigiilor civile/comerciale. Instituția noastră a inclus această disciplină la libera alegere în anul IV ciclul I, licență, cu un volum total de 60 de ore cu 2 credite transferabile. Este foarte important de menționat că această disciplină este absolut necesară, practic, tuturor categoriilor de juriști, însă nu poate fi inclusă în categoria celor obligatorii, ci doar la libera alegere și necesită o muncă suplimentară de convingere a studenților care vor opta pentru ea.

Un moment important care se referă la însemnătatea studierii acestei discipline ține de propagarea disciplinei în rândurile persoanelor fizice și juridice, care să apeleze la diferite proceduri alternative de soluționare a litigiilor, inclusiv la arbitraj. Dacă e să ne referim concret la Republica Moldova, îl vom cita

pe Sebastian Metz, directorul Camerei de Comerț și Industrie Româno-Germane care scrie că „Arbitrajul nu este încă o temă prea bine cunoscută în România”⁴, care, în viziunea noastră, ar fi valabilă și pentru țara noastră.

Arbitrajul și medierea, în accepțiunile lor de bază, au fost principalele instrumente de dezamorsare a conflictelor în societățile tradiționale prestatale, ele dăinuind până astăzi atât în statele moderne, democratice, cât și în statele slab dezvoltate sau chiar în așa-zisele state eșuate, sub diferite forme.

Importanța acestor instrumente de rezolvare a disputelor a fost recunoscută și în sistemul roman⁵, acesta dând naștere unor instituții specializate ca, spre exemplu, cea de conciliator. Din Evul mediu și până în prezent, Biserica Catolică și-a asumat rolul de mediator universal în spațiul vestic și nu numai, îndeplinindu-și rolul de propovăduitoare a păcii în lume, beneficiind, totodată, și de avantajele politice ale unei asemenea poziții. Universalitatea importanței acestor instituții se poate constata și în spațiul oriental, unde rolul de mediator asumat de Muhammed în perioada refugiului său la Medina a fost unul hotărâtor pentru emergența Islamului, iar consensul sau *ijma* este un motiv omniprezent în conștiința civică arabo-islamică.

În ceea ce privește utilitatea și formele actuale ale acestor instituții, le putem regăsi într-o varietate covârșitoare în toate regiunile culturale ale lumii, fiecare cultură punându-și amprenta asupra lor și conferindu-le particularitățile specifice lor. În statele de drept, aceste instituții sunt folosite ca mijloace oficiale de dezamorsare a conflictelor, funcționând în baza unui întreg cadru normativ bine structurat. Un exemplu foarte bun în acest sens sunt tribunalele arbitrale comerciale care au ajuns să eficientizeze foarte mult interacțiunile economice la nivel local și la nivel internațional deopotrivă, având drept sprijin multitudinea de tratate și acorduri internaționale care beneficiază, cel puțin la nivel european, de un dinamism și o versatilitate care se ridică la exigențele globalizării⁶.



Un alt exemplu, de data aceasta menit a sublinia funcția pe care o pot îndeplini asemenea organisme în eficientizarea interacțiunilor societății civile, sunt Tribunalele Arbitrale *Sharia* din Marea Britanie. Acestea funcționează în baza unui act normativ al Parlamentului numit „1996 *Arbitration Act*” și conferă posibilitatea comunităților musulmane britanice de a rezolva pricini de natură civilă prin intermediul unor organisme de arbitraj și mediere care țin cont de particularitățile culturale și religioase arabo-musulmane în dezlegarea pricinilor cu care sunt însărcinate.

În statele slabe, aceste instituții funcționează frecvent mult mai eficient decât instituțiile statului, însă într-o manifestare informală, deseori chiar paralelă sau clandestină față de sistemul judiciar formal, reținându-și însă utilitatea în plan local. Un asemenea exemplu ar fi Afganistanul, stat care suferă de o lipsă a legitimității și a puterii locale aproape cronicizată în multe zone izolate, iar funcțiile de bază pentru menținerea armoniei sociale în plan local sunt îndeplinite de instituții și organisme nonformale, tradiționale⁷, dintre care amintim instituția *jirga*, menită a fi, în linii mari, un consiliu de mediere.

Deși comparația dintre formele îmbrăcate de aceste instituții în cele două medii profund diferite, respectiv statul de drept și statul slab, este realmente antitetică, am considerat-o totuși oportună, datorită dorinței de a sublinia funcțiile comune ale acestora în satisfacerea nevoilor comunităților pe care le deservesc. Astfel, în cazul unor zone izolate din Afganistan, instituțiile de mediere și arbitraj îndeplinesc funcții de bază în dezamorsarea conflictelor intra-comunitare și chiar de înfăptuire a justiției în cazul instituției arbitrale musulmane numită *shura*. Pe de altă parte, instituțiile de arbitraj și mediere din statele de drept, care funcționează în baza unor prevederi normative, transcend funcțiile rudimentare pe care instituțiile omoloage le îndeplinesc în statele slabe, oferind părților unei pricini posibilitatea de a-și dezlega cauza singure sau într-un cadru care ține cont de sensibilitățile sau particularitățile lor, fie că este vorba de entități comerciale sau membri ai societății civile.

Revenim la studiul menționat *supra*, care a fost realizat întru executarea Planului de acțiuni pentru implementarea Strategiei de reformă a sectorului justiției pentru anii 2011-2016 (Hotărârea Parlamentului RM nr. 6 din 16.02.2012): PILONUL V. Rolul justiției în dezvoltarea economică. Direcția strategică. 5.1. Consolidarea sistemului de soluționare alternativă a disputelor; Domeniul specific de interven-

ție. 5.1.2. Elaborarea principiilor directe privind utilizarea mecanismelor alternative de soluționare a disputelor (penale, civile, comerciale) și dezvoltarea instituțiilor de mediere și arbitraj în calitate de mijloace alternative de soluționare a litigiilor.

Acțiunea 1: Elaborarea unor studii privind funcționarea instituției arbitrajului. Scopul studiului este de a prezenta o analiză detaliată a actelor naționale care afectează funcționalitatea instituției juridice a arbitrajului și interacțiunea acestuia cu instanțele de judecată în vederea consolidării și modernizării legislației arbitrale naționale urmând experiența statelor care au avansat în acest domeniu.

În afară de instituțiile statale, care soluționează litigii/cauze prin aplicarea puterii de constrângere împotriva voinței părții vizate, un spectru larg de alte mecanisme de soluționare a disputelor nu implică autoritatea statului, printre care se numără arbitrajul, medierea, concilierea etc., mecanisme asociate în literatura de specialitate cu noțiunea de „justiție privată informală”.

Termenul „umbrelă”, care unește și definește sistemul metodelor nestatale de tranșare a litigiilor, este acronimul „ADR” (în limba engleză *alternative dispute resolution*), fiind utilizat în aceeași formulă în acte oficiale ale Uniunii Europene traduse în limba română, deși este atestată și utilizarea acestui acronim tradus în limba română în forma „SAL” (soluționarea alternativă a litigiilor).

În SUA, considerată drept țară de origine a mișcării moderne ADR, spectrul mecanismelor alternative legal recunoscute pentru litigiile în materie civilă și comercială include:

- Arbitrajul în multiple forme, inclusiv arbitrajul finalizat cu hotărârea arbitrală având efectele unei hotărâri judecătorești, și arbitrajul în care părțile au opțiunea să se supună sau nu hotărârii arbitrale.
- Medierea/concilierea – proces orientat spre facilitarea de către un terț (mediator/conciliator) a comunicării dintre părți, în scopul tranșării litigiului prin acord de împăcare.
- Colaborarea (*collaborative law*) – proces administrat exclusiv de părți și avocații acestora pentru a ajunge la o înțelegere privind condițiile în care este soluționat diferendul. În caz de insucces, avocații antrenați nu pot reprezenta părțile într-un eventual proces judiciar. Acest proces este utilizat frecvent în litigiile dintre foștii soți.
- Cooperarea (*cooperative law*) – proces similar colaborării cu unica deosebire că avocații nu renunță la dreptul lor de a reprezenta părțile în procesul judiciar.



- Evaluarea cazului de către un expert neutru la stadiul incipient al procesului (*ENE – early neutral evaluation*) – procedura impulsionează decizia părților de a se împăca.

- Coordonarea parentală (*parenting coordination*) – procedură administrată de un profesionist cu atribuții speciale, care intervine în disputa dintre soții divorțați pentru a conveni asupra participării părinților la educarea copilului.

- *Minitrial* – procedura implică factorii de decizie din partea părților care au ocazia să-și prezinte cazul și să evalueze șansele de câștig, având astfel o bază mai solidă pentru negocierea unei soluții amiabile.

- *Summary jury trial* – proces cu participarea unor jurați care audiază cazul pe scurt și își pronunță concluzia asupra șanselor pe care le au părțile.

- *Settlement conferences* – sesiuni de soluționare amiabilă, convocate din inițiativa părților sau prin ordinul instanței, care au loc până la/sau în cadrul procesului de judecare a litigiului, prezidate de judecători, ex-judecători și alți profesioniști atestați, în scopul tranșării litigiului prin tranzacție de împăcare.

- Soluționarea cazului de către un judecător desemnat și plătit de părți, a cărei decizie este supusă apelului în procedura obișnuită (*private judging*, “rent-a-judges,” “judges for hire”). Acest proces, introdus mai întâi în California, este acum acceptat în state precum Ohio, Indiana, Texas, Colorado⁸.

În Europa, cele mai recunoscute metode ADR în litigiile civile și comerciale sunt: arbitrajul, concilierea/medierea asistată de un terț, negocierea directă și practicile participative, sesiunile de soluționare amiabilă în cadrul procesului judiciar (medierea judiciară).

În statele postsocialiste, arbitrajul comercial a fost aplicat în trecut preponderent în litigiile internaționale, după care a fost legiferat, inclusiv în Republica Moldova, pentru un spectru larg de litigii civile/comerciale. În prezent, medierea/concilierea este din ce în ce mai larg acceptată și în spațiul ex-sovietic, deși aplicarea practică a acestui mecanism rămâne a fi restrânsă.

Mecanismele ADR sunt divizate în categorii pornind de la diverse criterii de diferențiere, inclusiv după modul în care finalizează procesul – prin ad-judecare (rezoluție dictată) sau prin soluție amiabilă (acceptată consensual). La prima categorie, este atribuit arbitrajul care este o procedură de ad-judecare și finalizează cu emiterea unei decizii obligatorii și executorii ca și o hotărâre judecătorească.

Procedurile ADR, altele decât arbitrajul, cum ar fi medierea, negocierea și multiple forme “hybrid”,

se caracterizează prin controlul părților asupra procesului și asupra rezultatelor, gradul înalt de autode-terminare a părților care dețin autonomia de a decide condițiile de finalizare a diferendului.

Medierea se distinge printre alte mecanisme ADR prin faptul că atribuie părților întreaga autoritate de a decide cazul, ceea ce face ca acest proces să fie aplicabil pentru soluționarea diverselor litigii – de la dispute familiale până la cauze civile minore și foarte importante. Antrenarea unui terț (neutru) în procesul de soluționare a litigiului deosebește procedurile, precum sunt arbitrajul, medierea etc., de alte proceduri administrate direct de către părți și de reprezentanții acestora.

Toate cele menționate *supra* permit să stabilim că, practic, toate categoriile de juriști trebuie să posede, în virtutea funcțiilor pe care le dețin, cunoștințe speciale privind ansamblul formelor alternative de soluționare a litigiilor atât din țară, cât și din diferite sisteme de drept străine, pe primul loc situându-se arbitrajul comercial intern și cel internațional. În curriculumul acestei discipline, am inclus următoarele momente de bază: Reglementarea normativă a arbitrajului în Republica Moldova; Reglementarea normativă a arbitrajului comercial internațional; Noțiuni și dispoziții generale cu privire la arbitrajul comercial intern și la cel internațional; Convenția arbitrală; Arbitrul, numirea, încetarea mandatului de arbitru; Constituirea tribunalului arbitral; Competența tribunalului arbitral; Procedura de arbitraj; Cererea de arbitraj, cererea contravențională; Măsuri asiguratorie și măsuri provizorii; Probele; Pronunțarea hotărârii arbitrale și încetarea procedurii arbitrale; Tranzacția; Tipurile deciziilor arbitrale; Contesta-rea hotărârilor arbitrale; Recunoașterea și executarea hotărârilor arbitrale, inclusiv străine; Perspectiva formelor alternative de soluționare a litigiilor în contextul reformei în domeniul justiției în Republica Moldova ș.a.⁹.

În fine, putem conchide că argumentele specifice ne permit deja al treilea an consecutiv să experimentăm introducerea acestei discipline în planurile de studii ale Facultății de Drept atât în ciclul I de licență la libera alegere, cât și în ciclul II masterat, cu specializarea Drept privat.

Note:

¹ www.uspee.md, Planurile de studiu, ciclul I, licență; *Arbitrajul comercial*, USPEE „C.Stere”, Chișinău, 2013.



² www.uaic.ro și laws.uaic.ro, www.unibuc.ro și drept.unibuc.ro; www.drept.uvt.ro ; www.universitateacluj.ro, law.ubbcluj.ro; www.univ.kiev.ua; www.msu.ru; www.bsu.by; www.ysu.am ; www.u-bordeaux4 ; www.unavarra.es .

³ Guțu Zinaida, *Proiectul UNDP, Traditional Capacity Suport for the public Administration of Moldova*, „*Studii privind funcționarea Instituției Arbitrajului în Republica Moldova*”, Chișinău, 2012.

⁴ Metz Sebastian, *Arbitrajul nu este o temă încă prea bine cunoscută în România*, www.legalmagazin.ro , București, 2013.

⁵ Călin-Ștefan Gheorghe, *Despre mediere și arbitraj în societatea civilă românească*, Centrul pentru Dialog European și Diplomatie culturală (DEDIC), e-mail: georgia_călin@yahoo.com, p.88.

⁶ *Ibidem*, p.89-90.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Guțu Zinaida, *op.cit.*

⁹ Postovan Dumitru, Avornic Gheorghe, Cațaveică Eugeniu, *Curriculum la disciplina „Arbitrajul comercial internațional”*, USPEE “C.Stere”, Chișinău, 2013; Mihai Gabriel, *Arbitrajul internațional și efectele hotărîrilor arbitrale străine*, Universul juridic, București, 2013; Bobei

R.B., *Arbitrajul intern și internațional*, C.H. Beck, București, 2013; Boroi G. (coordonator), Spineanu-Matei O., Răducan G., Constanda A., Negrilă C., Theohari D.N., Eftimie M., Gavriș M.D, Dănăilă V., Păncescu F., *Noul Cod de procedură civilă: Comentariu pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2013, vol. I și II; Baiaș F., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I., *Noul Cod civil: Comentarii pe articole*, C.H. Beck, București, 2012; Babiuc V., *Dreptul comerțului internațional*, Ed. Sylvi, București, 2001; Deleanu I., Deleanu S., *Arbitraj intern și internațional*, Ed. Rosetti, București, 2005; Florescu C., *Arbitrajul comercial. Convenția și tribunalul arbitral*, Universul juridic, București, 2011; Fouchard P., Gaillard E., Goldman B., *Procedure civile: Cours et travaux*, Dalloz, Paris, 2010; Leș I., *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole. Art. 1-1.133*, C.H.Beck, București, 2013; Roș V., *Arbitrajul comercial internațional*, Ed. R.A. Monitorul Oficial, București, 2000; Sălăgean Ionaș M., *Arbitrajul comercial*, All Beck, București, 2001; Sitaru D.-A., *Dreptul comerțului internațional*, Universul juridic, București, 2008; Voicu M., *Dreptul comerțului internațional*, Ex Ponto, Constanța, 2002; Babiuc V., Cățătină O., *Situația actuală a arbitrajului comercial internațional în România // RDC 1993*, nr. 6.



INTERACȚIUNEA INSTANȚELOR DE JUDECATĂ CU ARBITRAJUL

Nicolae CLIMA,
judecător CSJ

Formele de soluționare a diferitelor litigii își au originile încă în primele forme de existență ale societății, or, este imposibil ca oamenii să trăiască într-o societate fără ca interesele și pasiunile lor să nu dea naștere la diferende, care în mod firesc iau naștere din nerespectarea dreptului obiectiv, nesatisfacerea dreptului subiectiv și neonorarea obligațiilor.

Arbitrajul este una dintre cele mai vechi metode, cunoscută pentru soluționarea litigiilor dintre oameni, este prima formă de justiție care a existat.

După sensul său lingvistic, ARBITRAJ semnifică soluționarea unui litigiu de către un arbitru, rezolvarea unui litigiu (a unei neînțelegeri) prin arbitru, judecarea unui diferend, făcută de persoane special autorizate, instanță care rezolvă anumite litigii, soluționarea unui diferend de către o persoană sau o instituție autorizată, iar *arbitru* are sensul de persoană, organizație, instanță aleasă sau desemnată pentru cercetarea și rezolvarea unui litigiu.

Prin urmare, în afară de instituțiile statale care soluționează litigii/cauze prin aplicarea puterii de constrângere împotriva voinței părții vizate, un spectru larg de alte mecanisme de soluționare a disputelor nu implică autoritatea statului, printre care se numără arbitrajul, medierea, concilierea etc., mecanisme asociate cu noțiunea de justiție privată informală.

Sistemul metodelor nestatale de tranșare a litigiilor se utilizează prin formula "SAL", adică soluționarea alternativă a litigiilor.

Perspectivile arbitrajului ca procedură de soluționare a litigiilor civile și comerciale urmează a fi evaluate nu numai și nu atât prin compararea cu alte mecanisme alternative de soluționare a litigiilor, dar și prin prisma unor avantaje ale arbitrajului în raport cu procesul în fața instanțelor de judecată, ambele sisteme de adjudicare fiind într-o continuă competiție de a-și spori gradul de atractivitate pentru litigiile comerciale și civile.

Potrivit art.1 alin. (2) din Legea cu privire la arbitraj, arbitrajul poate decide asupra unui litigiu care a apărut din raporturile de drept civil în sens larg între părțile cu capacitate deplină de exercițiu, dacă litigiul a fost trimis, cu acordul părților, spre soluționare în arbitraj, cu excepția litigiilor în materii, în care legea nu permite soluționarea lor pe calea arbitrajului.

Prin prevederile art.2 din aceeași lege și art.2 din Legea cu privire la arbitrajul comercial internațional, *arbitrajul* este o cale alternativă de soluționare a litigiilor atât de către arbitri numiți pentru fiecare caz aparte (arbitraj ad-hoc), cât și de instituții permanente de arbitraj.

Prin urmare, rezultând nu doar din definițiile expu-

se, dar și din modalitățile de formare, de examinare a litigiilor, de executare a hotărârilor arbitrale etc., arbitrajul este o instituție jurisdicțională, hotărârile căreia au puterea lucrului judecat și sunt executorii în mod obligatoriu.

Din sensul legilor citate, arbitrajul reprezintă un ansamblu de acte juridice, de natură contractuală, începând de la convenția arbitrală și până la hotărârea arbitrală, cea din urmă fiind tot un contract. Însși arbitrii sunt mandatar ai părților, având misiunea de a soluționa neînțelegerea lor.

Soluționarea litigiului arbitral se face potrivit regulilor alese de părți, iar în lipsa unei atare alegeri, potrivit unor norme prevăzute special. În cadrul acestei concepții, convenția arbitrală nu sustrage litigiul din competența instanțelor judecătorești, dar, la drept vorbind, evită nașterea unui proces judiciar, hotărârea arbitrală nu s-ar bucura de autoritatea lucrului judecat ca o hotărâre judecătorească, dar de irevocabilitate, iar efectul ei executoriu nu este relevant, întrucât el poate fi întâlnit și în numeroase alte acte juridice de natură contractuală.

Intervenția instanței judecătorești pentru rezolvarea unor incidente procedurale, asupra unora dintre care mă voi expune *infra*, se întemeiază pe respectul forței obligatorii a oricărui contract, instanța judecătorească asigurând, în această privință, eficiența unor clauze ale convenției arbitrale.

Excepția de arbitraj care conduce la desesizarea instanței, în cazul existenței unei convenții arbitrale valabile și operante, apare, de asemenea, ca o cerință impusă de respectarea voinței părților care au încheiat convenția arbitrală.

Conform legilor din domeniu, existente în Republica Moldova, rezultă că arbitrajul, după durata acestuia, poate fi arbitrajul ad-hoc sau ocazional, care este organizat pentru soluționarea unui litigiu determinat, funcția arbitrilor încetând odată cu pronunțarea hotărârii sau cu expirarea termenului de arbitraj și arbitrajul instituțional, cel organizat pentru exercitarea atribuțiilor în mod neîntrerupt, astfel că existența sa nu depinde de durata unui litigiu.

Această formă de arbitraj se creează, conform legii, de instituții permanente, ori în cadrul acestora: camere de comerț, burse, uniuni, asociații sau alte organizații profesionale sau speciale unde se organizează și funcționează în baza regulamentelor, adoptate pentru întreaga perioadă de activitate a lor. Arbitrajele nu pot fi create pe lângă organele administrației publice centrale și locale.

În conformitate cu prevederile art.6, faptul instituți-



onalizării unui oarecare arbitraj urmează să fie comunicat Curții Supreme de Justiție.

În prezent, în Republica Moldova funcționează ca arbitraje instituționale:

1. Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a Republicii Moldova;

2. Curtea de Arbitraj și Mediere de pe lângă Uniunea Republicană a Asociațiilor Producătorilor Agricoli „UNIAGROPROTECT”;

3. Arbitrajul Specializat în domeniul proprietății industriale de pe lângă Agenția de Stat pentru Proprietatea Intelectuală;

4. Curtea de Arbitraj de pe lângă Asociația Internațională a Transportatorilor Auto din Moldova;

5. Arbitrajul Internațional de pe lângă Asociația Lichidatorilor și Administratorilor din Republica Moldova constituit la 22.06.2009 prin comunicatul informativ înregistrat cu nr.187 la Curtea Supremă de Justiție a RM;

6. Curtea Aeronautică de Arbitraj din Moldova pe lângă Patronatul Aviației Civile din Republica Moldova (denumită în continuare Curtea de Arbitraj).

În temeiul art.3 din Legea cu privire la arbitraj poate face obiectul unei convenții arbitrale orice drept patrimonial. O convenție arbitrală cu privire la drepturi nepatrimoniale poate avea efecte juridice în măsura în care părțile sunt îndreptățite să încheie o tranzacție cu privire la obiectul aceluși litigiu.

Pretențiile care țin de dreptul familiei, pretențiile izvorâte din contractele de locațiune (chirie) a încăperilor de locuit, inclusiv litigiile cu privire la încheierea, validitatea, încetarea și calificarea unor astfel de contracte, pretențiile și drepturile patrimoniale cu privire la locuințe nu pot face obiectul unei convenții arbitrale. La aceste reglementări exprese, aş mai adăuga că nu poate face obiectul unei convenții arbitrale raporturile juridice de muncă, de contencios administrativ, adică în care una dintre părți este o autoritate publică, raporturile fiscale, vamale, alte raporturi, unde legea prevede expres că pot fi soluționate doar de către instanța de judecată.

Or, potrivit noțiunilor din Legea cu privire la arbitraj și Legea cu privire la arbitrajul comercial internațional, instanța de judecată competentă este instanța de judecată de drept comun în litigiile ce fac obiectul competenței judecătorilor în conformitate cu competența jurisdicțională și competența generală, stabilite de legislația procedurală civilă.

În temeiul art.8 din Legea cu privire la arbitraj, convenția de arbitraj este un acord prin care părțile convin să supună arbitrajului toate litigiile sau anumite litigii ce ar putea să apară între ele cu privire la un raport juridic contractual sau necontractual.

Convenția de arbitraj se încheie numai în scris, sub sancțiunea nulității. Ea poate avea forma unei clauze compromisorii inserate în contractul principal sau for-

ma unei înțelegeri de sine stătătoare, denumită compromis.

Astfel, principalul temei de competență a unui litigiu, cu excepția celor date prin lege care nu pot fi soluționate de către arbitraj, este convenția de arbitraj încheiată între părți.

În același timp, potrivit art.9 din lege, instanța de judecată unde este intentată acțiunea privind litigiul care constituie obiectul unei convenții de arbitraj, la solicitarea unei părți făcută nu mai târziu de prima sa declarație asupra fondului litigiului, scoate cererea de pe rol și trimite litigiul spre soluționare în arbitraj, cu excepția cazului în care instanța de judecată constată că acea convenție este nulă, nevalabilă sau nesusceptibilă de executare.

Și art.267 lit.e) CPC prevede că instanța judecătorească scoate cererea de pe rol în cazul în care părțile au încheiat un contract prin care litigiul urmează a fi soluționat pe cale arbitrală, iar până la examinarea pricinii în fond, pârâtul a ridicat obiecții împotriva soluționării litigiului în judecată.

Anterior, conform art.30 CPC, pricina care este de competența instanței judecătorești de drept comun sau celei specializate poate fi strămutată, până la emiterea hotărârii, spre judecare arbitrală, dacă părțile consimt și dacă o astfel de strămutare nu este interzisă de lege.

Art.30 din CPC a fost abrogat prin Legea nr.155 din 05.07.2012, în vigoare 30.11.2012 și, prin urmare, competențele instanțelor de judecată, în cazurile existenței convenției de arbitraj se soluționează prin prisma prevederilor legilor din domeniu despre arbitraj.

Art.9 din Legea cu privire la arbitraj enumeră cazurile când instanța de judecată va reține cauza spre soluționare, chiar dacă se știe despre existența unei convenții arbitrale.

Astfel, prin alin. (3) din articol, se enunță că în cazul în care părțile în proces au încheiat o convenție de arbitraj și una dintre ele o invocă în instanța de judecată, aceasta din urmă își verifică competența. Instanța va reține spre soluționare cauza dacă:

a) pârâtul și-a formulat apărarea în fond fără nici o rezervă, întemeiată pe convenția de arbitraj;

b) convenția de arbitraj este lovită de nulitate, și-a pierdut valabilitatea ori este nesusceptibilă de executare;

c) arbitrajul nu poate fi constituit din cauze vădit imputabile pârâtului.

Astfel, dacă în prima situație partea – pârâtul – nu a formulat rezerve privitoare la existența convenției arbitrale, înseamnă că aceasta a renunțat la tot ce rezultă din alegerea unui organ arbitral.

În cea din urmă situație, tribunalul arbitral nu se poate constitui din cauze „vădit imputabile” pârâtului, și deși pârâtul a optat pentru calea arbitrajului, o altă soluție pentru reclamant nu poate exista decât prin adresarea la instanța judecătorească competentă.

Mai complicat este în situația în care litigiul nu mai



poate fi soluționat pe cale arbitrală din motivul în care convenția pe care se întemeiază alegerea de competență este afectată de nulitate, și-a pierdut valabilitatea ori este nesusceptibilă de executare, deoarece, având în vedere prevederile legale citate, nu există o claritate la care fază a procesului instanța de judecată va verifica invocările de nulitate a convenției, că aceasta și-a pierdut valabilitatea ori este nesusceptibilă de executare, se va expune instanța separat asupra acestor temeuri de nevalabilitate a convenției de arbitraj sau odată cu soluționarea litigiului în fond etc.

În opinia noastră, dacă este vorba de competența de judecare a litigiului, în cazurile de nulitate a convenției de arbitraj, de pierdere a valabilității acesteia ori ca nesusceptibilă de executare, instanța de drept comun, în cazul reținerii cauzei spre soluționare a unui asemenea litigiu cu cunoașterea existenței unei convenții de arbitraj, trebuie, mai întâi de toate, să verifice competența sa de judecare prin invocările aduse de parte, să se expună separat asupra acestor temeuri, apoi să purceadă la examinarea cauzei în fond.

În toate celelalte situații, instanța judecătorească, la cererea uneia dintre părți, se va declara incompetentă, dacă constată că există convenție arbitrală.

Partea pierde dreptul să invoce convenția de arbitraj în instanța de judecată pentru a stopa procesul judiciar inițiat, dacă:

1. s-a opus cererii de arbitraj a celeilalte părți;
2. nu a numit arbitrul în termen;
3. nu a plătit în termen partea sa de cheltuieli arbitrale.

Pe lângă aceste prevederi de intercalare a competenței instanțelor de judecată cu cea a instanțelor arbitrale, instanțele de judecată pot interveni și pentru a înlătura piedicile care apar în procesul de organizare și desfășurare a procedurii arbitrale în cazul arbitrajului „ad-hoc”.

Potrivit alin.(7) art.9 din Legea cu privire la arbitraj, în cazul în care litigiul este trimis spre soluționare în arbitraj ad-hoc, oricare dintre părțile în litigiu poate sesiza instanța de judecată care ar fi fost competentă să soluționeze litigiul în fond în primă instanță, dacă nu exista convenția de arbitraj, pentru a înlătura piedicile care apar în procesul de organizare și desfășurare a procedurii arbitrale (numirea arbitrului când nu s-a ajuns la un consens în această problemă, recuzarea arbitrilor, luarea măsurilor de asigurare a obiectului litigiului etc.).

În acest caz, instanța de judecată care va rezolva aceste probleme este instanța de judecată care ar fi fost competentă să soluționeze litigiul în fond în primă instanță.

S-a menționat deja că arbitrajul este o cale alternativă de soluționare a litigiilor, o cale alternativă instanțelor judecătorești.

Cu toate acestea, instanțele de judecată au un rol enorm, chiar și în cadrul procedurii arbitrale.

Actuala Lege cu privire la arbitraj prevede în art.1 alin.(2) că arbitrajul poate decide asupra unui litigiu care a apărut din raporturile de drept civil în sens larg, între părțile cu capacitate deplină de exercițiu, dacă litigiul a fost transmis în conformitate cu acordul părților pentru soluționarea arbitrajului, cu excepția litigiilor în materiile în care legea nu permite soluționarea litigiilor pe calea arbitrajului.

Referitor la litigiile care pot fi soluționate în instanțele de arbitraj, nu ne pronunțăm, deoarece legea în mod expres acordă posibilitatea examinării oricărui litigiu apărut din raporturile de drept civil în sens larg, cu excepția celor, tot la fel expres prevăzute, că nu pot fi soluționate prin convenție de arbitraj, de aceea ne expunem asupra competențelor instanțelor de judecată, de soluționare a diferitelor incidente de procedură, atunci când litigiul se examinează pe cale arbitrală, rezultată nemijlocit din legi.

Potrivit art.10 din Legea cu privire la arbitraj, instanța de judecată poate, la orice etapă a procedurii arbitrale, inclusiv la etapa inițierii acestei proceduri, să ia decizii privind aplicarea măsurilor de asigurare la cererea unei părți, în conformitate cu prevederile Codului de procedură civilă al Republicii Moldova.

Regula dată se completează cu prevederile din art.23 din lege, în temeiul cărora înaintea arbitrajului sau pe parcursul lui, orice parte poate cere instanței de judecată competente să încuviințeze măsurile asigurătorii și măsurile cu privire la obiectul litigiului, ori să constate anumite împrejurări de fapt, dar ce înseamnă încuviințarea măsurilor asigurătorii și măsuri cu privire la obiectul litigiului și care este diferența dintre aplicarea măsurilor de asigurare la cererea unei părți, potrivit art.10 și încuviințarea măsurilor asigurătorii, potrivit art.23, ce se are în vedere prin constatarea anumitor împrejurări de fapt, din lege nu este clar.

Se pare că legiuitorul a avut în vedere aceleași măsuri de asigurare care pot fi aplicate de către instanțele de judecată conform Codului de procedură civilă, iar prin constatarea anumitor împrejurări de fapt, nu se vor avea în vedere pricinile de constatare a faptelor care au valoare juridică, care sunt de competența exclusivă, potrivit art.281-283 CPC, a instanțelor de judecată.

În cursul arbitrajului, măsurile asigurătorii, constatarea unor anumite împrejurări de fapt pot fi încuviințate și de instituția de arbitraj. În caz de neacceptare, executarea acestor măsuri o dispune instanța de judecată.

Conform art.31 din Legea cu privire la arbitraj, hotărârea arbitrală poate fi contestată de orice parte printr-o cerere în anulare adresată instanței de judecată competente în termen de 3 luni din ziua primirii hotărârii arbitrale de către partea care a depus cererea de anulare.

Instanța de judecată va pronunța o încheiere cu privire la desființarea totală sau parțială a hotărârii arbitrale sau la refuzul de a o desființa, în condițiile CPC RM.



Procedura de contestare a hotărârilor arbitrale este reglementată de Codul de procedură civilă al Republicii Moldova.

Art.31 (1) din Legea 23/22.02.2008 nu permite identificarea instanței de judecată competente să dispună desființarea hotărârii arbitrale.

Art.37 (2) din Legea 24/22.02.2008 invocă competența instanței de judecată indicată la art.6 (2) al Legii citate, iar cea din urmă face trimitere la normele CPC.

Potrivit lit.a) din art.35 CPC RM rezultă că această competență revine Judecătoriei Comerciale de Circumscripție.

Astfel fiind stabilit de cadrul legal, rezultând din practica altor state, în care desființarea hotărârilor arbitrale sunt examinate de către Curțile de Apel și ținând cont de faptul că contestarea unei hotărâri arbitrale, care în esență este deja egalată ca și efecte juridice cu o hotărâre judecătorească definitivă (art.28 alin.(6)) din Legea cu privire la arbitraj), stabilirea competenței curților de apel de a examina cererile privind desființarea hotărârilor arbitrale pronunțate în Republica Moldova ar fi o posibilitate ca aceste acte procesuale să fie și sub supravegherea Curții Supreme de Justiție prin examinarea recursurilor asupra deciziilor pronunțate de curțile de apel.

Din sensul art.477 alin. (1) CPC, hotărârea arbitrală pronunțată pe teritoriul Republicii Moldova poate fi contestată în judecată de către părțile în arbitraj, înaintând o cerere de desființare a hotărârii arbitrale în conformitate cu art.479.

Părțile nu pot renunța prin convenție arbitrală la dreptul de a contesta hotărârea arbitrală. La acest drept se poate renunța după pronunțarea hotărârii arbitrale.

În principiu, însăși Legea cu privire la arbitraj prin art.20 stabilește condițiile procedurii arbitrale, iar prin alin. (2) se prescrie consecința de nulitate a hotărârii arbitrale care nu întrunește condițiile legale, și anume, că procedura arbitrală trebuie să asigure părților, sub sancțiunea nulității hotărârii arbitrale:

- egalitatea de tratament;
- respectarea dreptului de apărare;
- respectarea principiului contradictorialității.

Cuprinsul cererii, modalitatea de examinare a cererii de desființare a hotărârii arbitrale sunt prevăzute la art.478-479 CPC.

Legea cu privire la arbitraj nu prevede temeiurile de desființare a hotărârii arbitrale, dar se face referire la normele CPC.

Legea cu privire la arbitrajul comercial internațional enumeră, în art.37, temeiurile de desființare a hotărârii arbitrale, care fiind diferit formulate, în principiu, corespund cu temeiurile din art.480 CPC, și anume că:

a) partea care a înaintat cererea de desființare a hotărârii prezintă probe că:

- una din părțile convenției de arbitraj, menționate la art.7, se află în incapacitate sau convenția de arbitraj

nu este valabilă conform legii aplicabile alese de părți sau, în lipsa desemnării de către părți a legii aplicabile, convenția nu este valabilă conform legislației Republicii Moldova;

– nu a fost informată în modul corespunzător despre desemnarea arbitrilor ori despre procedura arbitrală, sau nu a putut prezenta explicații din alte motive justificate;

– hotărârea a fost pronunțată asupra unui litigiu care nu este prevăzut în convenția de arbitraj ori care nu se înscrie în condițiile convenției de arbitraj sau hotărârea conține decizii privind chestiuni ce depășesc limitele convenției de arbitraj. Dacă dispozițiile în chestiunile cuprinse în convenția de arbitraj pot fi separate de dispozițiile care nu se înscriu în ea, poate fi desființată numai partea din hotărârea arbitrală care conține dispoziții referitor la chestiunile ce nu se înscriu în convenția de arbitraj;

– constituirea tribunalului arbitral sau procedura arbitrală nu corespund convenției părților, numai dacă această convenție nu contravine oricărei dispoziții ale prezentei legi de la care părțile nu pot deroga, iar în lipsa unei atare convenții nu corespund prezentei legi;

b) va constata că:

– în conformitate cu legislația Republicii Moldova, obiectul litigiului nu este susceptibil de soluționare pe calea arbitrajului;

– hotărârea arbitrală contravine ordinii publice a Republicii Moldova.

Conform art.480 CPC, hotărârea arbitrală se desființează numai în cazurile prevăzute de prezentul articol și aceasta poate avea loc doar în cazurile când partea care cere desființarea hotărârii prezintă în judecată probe despre faptul că:

a) litigiul examinat de arbitraj nu poate fi, potrivit legii, obiectul dezbaterii arbitrale – corespunde cu prima liniuță lit.b) din Legea cu privire la arbitrajul comercial internațional;

c) hotărârea arbitrală nu cuprinde dispozitivul și temeiurile, locul și data pronunțării ori nu este semnată de arbitri;

d) dispozitivul hotărârii arbitrale cuprinde dispoziții care nu pot fi executate;

e) arbitrajul nu a fost constituit sau procedura arbitrală nu este în conformitate cu convenția arbitrală – cu rezerve ar corespunde liniuței a cincea de la lit.a);

f) partea interesată nu a fost înștiințată legal despre alegerea (numirea) arbitrilor sau despre dezbaterile arbitrale, inclusiv despre locul, data și ora ședinței arbitrale sau, din alte motive întemeiate, nu s-a putut prezenta în fața arbitrajului pentru a da explicații – ar corespunde cu liniuța a doua de la lit.a);

g) arbitrajul s-a pronunțat asupra unui litigiu care nu este prevăzut de convenția arbitrală ori care nu se înscrie în condițiile convenției, ori hotărârea arbitrală conține dispoziții în probleme ce depășesc limitele convenției arbitrale. Dacă dispozițiile în problemele cuprinse în



convenția arbitrală pot fi separate de dispozițiile care nu decurg din convenție, instanța judecătorească poate desființa numai acea parte a hotărârii arbitrale care conține dispoziții ce nu se înscriu în convenția arbitrală – ar corespunde cu liniuța trei de la lit.a);

h) hotărârea arbitrală încalcă principiile fundamentale ale legislației Republicii Moldova sau bunele moravuri ar corespunde cu liniuța doi de la lit.b).

Astfel, observăm că prin compararea art.37 (2) din Legea cu privire la arbitrajul comercial internațional cu art.480 (2) CPC RM, constatăm o dublare nereușită a prevederilor legale ce țin de nulitatea hotărârii arbitrale, contestarea și desființarea hotărârii arbitrale.

Prevederile art.37 (2) din Legea 24/22.02.2008 concurează cu prevederile similare din art.480 (2) CPC RM și urmează a fi excluse, cu menținerea acestor prevederi doar în CPC RM.

Este relevantă și considerăm că urmează a fi aplicată prevederea din art.37 alin. (4) din Legea cu privire la arbitrajul comercial internațional potrivit căreia, în caz de adresare în instanța de judecată a cererii de desființare a hotărârii arbitrale, instanța este în drept, dacă consideră necesar și dacă o solicită una dintre părți, să amâne pe un anumit timp examinarea chestiunii referitoare la desființarea hotărârii arbitrale pentru a oferi tribunalului arbitral posibilitatea de a relua procedura arbitrală sau de a întreprinde alte acțiuni care, potrivit opiniei tribunalului arbitral, vor permite înlăturarea temeiurilor de desființare a hotărârii arbitrale.

Această prevedere nu se regăsește în CPC, doar că art.479 expres limitează examinarea cererii în cel mult o lună de la data intrării ei în judecată, potrivit regulilor stabilite de prezentul cod, și că în cadrul pregătirii pricinii pentru dezbateri judiciare, la solicitarea ambelor părți în arbitraj, judecătorul poate cere arbitrajului, potrivit regulilor stabilite de prezentul cod pentru reclamarea probelor, materialele dosarului, hotărârea arbitrală, care se contestă, în original.

Potrivit art.481 alin. (3) CPC, desființarea totală sau parțială a hotărârii arbitrale nu împiedică părțile să se adreseze din nou în arbitraj, cu excepția cazului în care litigiul nu poate fi obiectul dezbaterii arbitrale, ori să depună cerere de chemare în judecată potrivit regulilor stabilite de prezentul cod.

În același timp, în temeiul art.481 alin. (4) CPC, dacă hotărârea arbitrală a fost desființată total sau parțial din cauza nulității convenției arbitrale sau dacă hotărârea a fost emisă într-un litigiu neprevăzut de convenția arbitrală ori nu se înscrie în condițiile convenției, ori conține dispoziții în probleme care nu s-au cerut conform convenției arbitrale, părțile în arbitraj se pot adresa, pentru soluționarea unui astfel de litigiu, în judecată în conformitate cu regulile generale din prezentul cod.

Ca urmare, adresarea în arbitraj ulterioară după desființarea hotărârii precedente pe temeiurile indicate în art.481 alin. (4) nu mai este posibilă.

Potrivit art.28 alin. (5), (6) din Legea cu privire la

arbitraj, hotărârea se remite părților în cel mult 10 zile de la pronunțare și hotărârea arbitrală remisă părților are efectele unei hotărâri judecătorești definitive, iar art.33 prevede că hotărârea arbitrală este obligatorie, creditorul având dreptul de a solicita eliberarea titlului executoriu.

Reglementări prin care se recunoaște efectul hotărârii arbitrale ca o hotărâre judecătorească mai conține art.169 alin (1) lit.d), 265 alin. (1) lit.e) CPC, conform cărora se refuză primirea cererii de chemare în judecată și, respectiv, se încetează procesul judiciar început în caz că există o hotărâre a judecății arbitrale, obligatorie pentru părți, cu privire la litigiul dintre aceleași părți, asupra aceluiași obiect și având aceleași temeiuri, cu excepția cazurilor în care judecata a respins cererea de eliberare a titlului de executare silită a hotărârii judecății arbitrale sau a desființat hotărârea arbitrală.

Procedura de eliberare a titlului executoriu asupra hotărârilor arbitrale este reglementată în CPC RM (art.482-486).

Temeiurile refuzului de a elibera titlu executoriu sunt exhaustiv enumerate la art.485 CPC, și anume, că judecata refuză să elibereze titlul de executare silită a hotărârii arbitrale, numai dacă partea în arbitraj care nu a avut câștig de cauză prezintă în judecată probe despre faptul că:

a) convenția arbitrală este nulă în temeiul legii;

b) partea în arbitraj nu a fost înștiințată legal despre alegerea (numirea) arbitrului sau despre dezbaterile arbitrale și nici despre locul, data și ora ședinței arbitrajului sau, din alte motive întemeiate, nu a putut să dea explicații arbitrajului;

c) hotărârea arbitrală este emisă într-un litigiu care nu este prevăzut de convenția arbitrală ori care nu se înscrie în condițiile convenției, ori conține dispoziții în probleme neprevăzute de convenția arbitrală. Dacă dispozițiile în problemele care decurg din convenția arbitrală pot fi separate de dispozițiile care nu rezultă din această convenție, judecata eliberează titlu executoriu numai în acea parte a hotărârii arbitrale care conține dispoziții privitor la problemele care se înscriu în convenția arbitrală;

d) componența arbitrajului sau procedura dezbaterilor arbitrale nu s-a conformat cu convenția arbitrală sau cu legea;

e) hotărârea arbitrală nu a devenit obligatorie pentru părțile în arbitraj ori a fost desființată de judecată, conform legii în al cărei temei a fost pronunțată.

Judecata refuză, de asemenea, să elibereze titlu executoriu, dacă va constata că litigiul examinat de arbitraj nu poate fi obiectul dezbaterii arbitrale potrivit imperativului legii, precum și în cazul când hotărârea arbitrală încalcă principiile fundamentale ale legislației Republicii Moldova sau bunele moravuri.

Astfel, observăm că temeiurile de refuz în eliberarea titlului executoriu, în principiu, sunt aceleași ca și temeiurile de desființare a hotărârii arbitrale, dar aceas-



ta nu este o dublare a lor, deoarece desființarea hotărârii poate avea loc la cererea uneia din părți care nu este de acord cu hotărârea arbitrală, de regulă, de partea reclamată, iar refuzul de eliberare a titlului executoriu, tot de regulă, poate fi invocat tot de partea reclamată în situația în care nu a fost depusă cerere de desființare a hotărârii arbitrale.

Temeiul din lit.e) privind desființarea hotărârii arbitrale este, în principiu, unul inutil, or, doar ca o excepție, în situația în care partea nu cunoaște, poate exista o adresare de eliberare a titlului executoriu în caz că există o încheiere a instanței de judecată de desființare a hotărârii arbitrale.

În același context, potrivit alin. (5) din art.484 CPC, dacă în instanță se găsește în dezbatere cererea de desființare a hotărârii arbitrale, instanța la care se examinează cererea de eliberare a titlului executoriu în temeiul acestei hotărâri este în drept, dacă va considera rațional, să amâne examinarea cererii de eliberare a titlului executoriu și, la solicitarea părții care a adresat în judecată cererea de eliberare a titlului, poate obliga cealaltă parte la asigurarea eventualelor pagube, în conformitate cu prezentul cod.

Art.486 alin. (3), (4) CPC prevăd consecințele refuzului, și anume, că aceasta nu împiedică părțile să se adreseze din nou în arbitraj, dacă posibilitatea adresării nu s-a epuizat, ori să înainteze acțiune în baze generale.

În cazul refuzului total sau parțial de eliberare a titlului de executare silită a hotărârii arbitrale, datorat nulității convenției arbitrale sau în cazul emiterii hotărârii într-un litigiu neprevăzut de convenția arbitrală, sau în cazul neînscriserii în condițiile convenției, sau al existenței de dispoziții din convenție în probleme neprevăzute de aceasta, părțile în arbitraj sunt în drept a se adresa în judecată pentru soluționarea unui astfel de litigiu, potrivit regulilor stabilite de prezentul cod.

Potrivit art.27 din Legea cu privire la arbitrajul comercial internațional, tribunalul arbitral sau o parte cu aprobarea tribunalului arbitral poate să adreseze în instanța de judecată competentă a Republicii Moldova cerere de acordare a asistenței la obținerea probelor. Instanța de judecată poate executa această solicitare în limitele competenței sale și în conformitate cu regulile stabilite pentru obținerea probelor și darea delegațiilor judecătorești.

Este o formă de reclamare a probelor, având ca analogie prevederile art.119 CPC, doar că în textul Legii cu privire la arbitrajul comercial internațional nu este stipulată procedura de acordare a asistenței la obținerea probelor.

Astfel, legea prevede că cererea în instanța de judecată poate fi adresată atât de tribunalul arbitral, cât și de oricare parte, cu aprobarea tribunalului arbitral.

Se pare bine-venit ca chestiunea cu privire la adresarea în instanța de judecată cu privire la asistența de obținere a probelor, atât în cazul în care tribunalul o

face din oficiu, cât și la cererea părții, să fie examinată de tribunalul arbitral, apoi în temeiul unei încheieri, în care să fie descrise dificultățile de adunare a probelor, cu specificarea probei și circumstanțele care ar putea fi confirmate sau infirmate prin acea probă, cauzele ce împiedică dobândirea probei, locul aflării ei etc., arbitrajul să facă o delegație la adresa instanței cu privire la acordarea asistenței în obținerea probelor.

Instanța de judecată competentă (Judecătoria Comercială de Circumscripție) va fi obligată, în temeiul art.16 alin. (4) CPC, și va examina solicitarea de acordare a asistenței la obținerea probelor ca o delegație judecătorească, conform prevederilor art.125-126 CPC, în ședință de judecată, cu comunicarea participanților la proces, a locului, datei și orei ședinței, iar procesele verbale și probele adunate în legătură cu îndeplinirea delegației se vor remite imediat tribunalului arbitral, care judecă pricina.

S-a menționat *supra* că hotărârea arbitrală pronunțată pe teritoriul Republicii Moldova (art.477 CPC) poate fi contestată în judecată de către părțile în arbitraj, înaintând o cerere de desființare a hotărârii arbitrale în conformitate cu art.479, dar nici în legile din domeniu, nici în CPC nu există norme privind atacarea hotărârii arbitrale de către terții ale căror drepturi și interese au fost afectate prin hotărârea respectivă.

Și cel din urmă moment. Legea insolvenței nu oferă competențe de examinare a proceselor de insolvență de către instanțele de arbitraj, acestea, potrivit art.5 din lege fiind de competența exclusivă a Curților de Apel.

În același timp, atât la depunerea cererii de intentare a procesului de insolvență de către creditorul depozent al cererii, cât și la depunerea cererilor de către alți creditori cu privire la înaintarea creanțelor, aceștia, în temeiul legii insolvenței, pot justifica creanțele lor prin documentele ce adeveresc obligațiile debitorului față de creditor, inclusiv prin copia de pe hotărârea irevocabilă a instanței de judecată sau copia de pe hotărârea arbitrală irevocabilă, ori copia de pe hotărârea judecătorească irevocabilă privind recunoașterea hotărârii judecătorești sau a hotărârii arbitrale străine, ori decizia (hotărârea) organului abilitat prin legea executorie la acel moment.

Considerăm că asupra acestor și altor probleme de aplicare a legilor cu privire la arbitraj, de examinare a litigiilor de către organele de arbitraj, rezultând din interacțiunea instanțelor de judecată cu instanțele de arbitraj, ar trebui să se expună, cu concursul tuturor factorilor de decizie din organele de stat și din instituțiile de arbitraj respective, printr-o hotărâre explicativă a Plenului Curții Supreme de Justiție, iar noi la rândul nostru ne asumăm obligația de a pune în discuție chestiunea de includere în planul de lucru pentru anul viitor și adoptarea unei astfel de hotărâri explicative pentru elucidarea tuturor incidentelor și întru sporirea eficacității examinării litigiilor în organele de arbitraj.



ПРИЗНАНИЕ И ИСПОЛНЕНИЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ В УКРАИНЕ

Т. ЗАХАРЧЕНКО,

*заслуженный юрист Украины,
заместитель председателя МКАС при ТПП Украины*

Уважаемые дамы и господа, прежде всего поздравляю с 20-летним юбилеем и желаю процветания, интересных дел и исполнимых во всем мире арбитражных решений.

Исполнение арбитражного решения – это та цель, которую преследует сторона, обращаясь в арбитраж, а обеспечение исполнимости решения – это задача арбитра, рассматривающего дело, качество его работы, а также работы арбитражной институции, администрирующей арбитраж. Изучив судебную практику, размещенную на веб-сайте «Единый государственный реестр судебных решений», прихожу к выводу, что государственными судами Украины удовлетворены все ходатайства о признании и исполнении на территории Украины решений МКАС при ТПП Республики Молдова.

Остановлюсь вкратце на практике применения государственными судами Украины положений Нью-Йоркской Конвенции и законодательства Украины по вопросам исполнения арбитражных решений.

Основой международно-правового регулирования исполнения арбитражных решений является Нью-Йоркская Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, принятая 10 июня 1958 г. (далее – Нью-Йоркская Конвенция), участниками которой являются 149 государств, в том числе Украина и Республика Молдова.

Положения Нью-Йоркской Конвенции нашли свое закрепление в национальном законодательстве Украины, в частности – в статьях 35, 36 закона Украины «О международном коммерческом арбитраже». В ст. 35 этого закона на национальном уровне закреплен основной принцип Нью-Йоркской Конвенции, согласно которому арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается обязательным и при представлении в компетентный суд письменного ходатайства приводится в исполнение. Таким образом, порядок признания и приведения в исполнение международных арбитражных решений, независимо от того, в какой стране они были вынесены, то есть как «иностранных», так и «внутренних», должен регулироваться одинаковыми нормами, для них должен быть установлен одинаковый, максимально упрощенный и благоприятный режим, направленный на обеспечение

исполнимости арбитражного решения.

В Украине указанный принцип реализуется в полной мере, поскольку частью 4 ст. 389⁷ Гражданского процессуального кодекса Украины (далее – ГПК Украины) установлено, что предоставление разрешения на принудительное исполнение арбитражного решения, если место арбитража находится на территории Украины, осуществляется в порядке статей 391-398 ГПК Украины, то есть в порядке, установленном для признания и исполнения решений иностранных судов и арбитражей.

Ни Нью-Йоркская Конвенция, ни закон Украины «О международном коммерческом арбитраже» не содержат ответа на вопрос о том, какой орган должен рассматривать ходатайства о предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражных решений. Ответ содержится в ГПК Украины, поскольку в Украине рассмотрение этих ходатайств отнесено к компетенции общих судов, а не судов хозяйственной юрисдикции. В частности, частью 4 ст. 15 ГПК Украины предусмотрено, что суды в порядке гражданского судопроизводства рассматривают дела о признании и исполнении решений Международного коммерческого арбитража.

При этом рассмотрение ходатайств о предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражных решений отнесено к компетенции судов первой инстанции. До 2005 г. рассмотрение таких ходатайств было отнесено к компетенции апелляционных судов, что представляется более правильным, поскольку, во-первых, профессиональный уровень судей апелляционных судов значительно выше, чем судей первой инстанции, во-вторых, на одну судебную инстанцию укорачивается процедура экзекутуры и выдачи исполнительных документов и, в-третьих, отнесение рассмотрения ходатайств о предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражных решений к компетенции апелляционных судов соответствует международной практике.

Согласно ст. 392 ГПК Украины, вопрос о предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражного решения рассматривается судом по месту жительства (пребывания) или по месту нахождения должника, а если должник не имеет местожительства (пребывания) или местонахождения на территории Украины или его



местожительство (пребывание) или местонахождение неизвестны, вопрос о предоставлении разрешения на принудительное исполнение решения иностранного суда рассматривается судом по местонахождению в Украине имущества должника.

Арбитражное решение может быть предъявлено к принудительному исполнению в Украине в течение трех лет со дня вступления решения в законную силу, за исключением решений о взыскании периодических платежей, которые могут быть предъявлены к принудительному исполнению в течение всего срока проведения взыскания с погашением задолженности за последние три года.

Согласно ст. 394 ГПК Украины, ходатайство о предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражного решения подается в письменной форме и должно содержать:

- 1) имя (наименование) лица, подающего ходатайство, указание его местожительства (пребывания) или местонахождения;
- 2) имя (наименование) должника, указание его места проживания (пребывания), его местонахождения или местонахождения его имущества в Украине;
- 3) мотивы представления ходатайства.

Кроме того, в силу положений ч.1 ст. 394 ГПК Украины, к ходатайству о предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражного решения прилагаются документы, предусмотренные международными договорами, обязательность которых подтверждена Верховной Радой Украины, поэтому к подаваемому ходатайству должны быть приложены документы, указанные в Нью-Йоркской Конвенции, а именно:

- оригинал должным образом заверенного арбитражного решения или должным образом заверенная копия такового;
- оригинал арбитражного соглашения (оговорки) или должным образом заверенная копия такового.

Статья 35 закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» полностью дублирует этот перечень документов.

В силу положений ст. 35 закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», если арбитражное решение или соглашение изложено на иностранном языке, сторона должна подать должным образом заверенный перевод этих документов на украинский или русский язык.

В ГПК Украины предусмотрено, что суд, в который подано ходатайство, оставляет его без рассмотрения, если ходатайство и прилагаемые к нему документы должным образом не оформлены или к ходатайству не приложены все необходимые документы.

Определение суда об оставлении ходатайства

без рассмотрения может быть обжаловано в Апелляционный суд.

Отметим, что возвращение ходатайства без его рассмотрения не является препятствием для повторного обращения в суд.

Анализ судебной практики свидетельствует о том, что суды первой инстанции нередко оставляют ходатайство о предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражного решения без рассмотрения на том основании, что стороной поданы не все документы, в частности – не приложены документы, предусмотренные п.3 ч.1 ст. 394 ГПК Украины, среди которых доказательства того, что сторона, которая не принимала участия в разбирательстве по делу, была надлежащим образом уведомлена об арбитражном разбирательстве.

Возникает вопрос о том, насколько такая позиция судов соответствует законодательству и должна ли сторона, ходатайствующая о предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражного решения, кроме предусмотренных Конвенцией документов, представить также иные документы, в частности – документы, свидетельствующие о том, что ответчик был надлежащим образом уведомлен об арбитражном разбирательстве и арбитражное решение вступило в законную силу.

Безусловно, заявитель вправе приобщить к своему ходатайству эти дополнительные документы, *однако это его право, но не обязанность*. При этом необходимо учитывать:

- во-первых, тот факт, что в силу положений ч.1 ст. 394 ГПК Украины дополнительные документы, предусмотренные этой статьей, предоставляются только тогда, когда отсутствует международный договор;
- во-вторых, то, что истребование любых дополнительных документов, которые не предусмотрены Нью-Йоркской Конвенцией, является прямым нарушением Конвенции;
- в-третьих, то, что обязанность по доказыванию факта ненадлежащего уведомления об арбитражном разбирательстве лежит на стороне, которая возражает против удовлетворения ходатайства.

В качестве примера можно привести следующее дело, которое является достаточно показательным в данном аспекте.

В мае 2008 г. иностранная компания обратилась в суд первой инстанции с ходатайством о предоставлении разрешения на принудительное исполнение решения МКАС при ТПП Российской Федерации.

Определением суда первой инстанции заявленное ходатайство со ссылкой на положения ГПК Украины было оставлено без рассмотрения, а



материалы дела возвращены заявителю на том основании, что к ходатайству не были приложены документы, которые свидетельствовали бы о надлежащем уведомлении должника о рассмотрении дела и о том, что решение МКАС при ТПП РФ вступило в законную силу.

Заявитель не согласился с указанным постановлением и обратился в Апелляционный суд с апелляционной жалобой, мотивируя свое несогласие тем, что Нью-Йоркская Конвенция предусматривает исчерпывающий перечень документов, которые должна предоставить сторона, ходатайствующая об исполнении арбитражного решения.

Апелляционный суд отменил определение суда первой инстанции и передал дело на новое рассмотрение, при этом суд исходил из того, что заявителем поданы все документы, предусмотренные ст. IV Нью-Йоркской Конвенции и ст. 35 закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», поэтому суд первой инстанции не имел правовых оснований для оставления ходатайства без рассмотрения по причине отсутствия документов, которые бы свидетельствовали о надлежащем уведомлении должника о рассмотрении дела и о том, что решение МКАС при ТПП РФ вступило в законную силу.

Согласно положениям ГПК Украины о подаче ходатайства о предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражного решения, суд в пятидневный срок в письменном виде уведомляет должника и предлагает ему в месячный срок подать возможные возражения против этого ходатайства.

Рассмотрение ходатайства о предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражного решения осуществляется судьей единолично в открытом судебном заседании с уведомлением сторон о дате и времени судебного заседания.

Согласно ст. 396 ГПК Украины, в удовлетворении ходатайства может быть отказано в случаях, предусмотренных международными договорами, согласие на обязательность которых дано Верховной Радой Украины.

Основания для отказа в признании и/или приведении в исполнение арбитражного решения предусмотрены ст. V Нью-Йоркской Конвенции и полностью совпадают с основаниями, предусмотренными ст. 36 закона Украины «О международном коммерческом арбитраже».

Эти основания условно подразделяются на две группы.

• Первую группу составляют основания, которые принимаются во внимание компетентным судом исключительно по просьбе стороны, воз-

ражающей против признания и приведения в исполнение арбитражного решения. В связи с этим бремя доказывания наличия этих оснований возлагается на сторону, возражающую против исполнения арбитражного решения.

Исходя из этого, компетентный суд, при рассмотрении вопроса о предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражного решения, не может по своей инициативе применить одно из оснований для его отмены, предусмотренных в этой группе, если на него не ссылается сторона, против которой вынесено решение.

Условно первую группу оснований для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, а именно оснований, которые принимаются во внимание компетентным судом исключительно по просьбе стороны, возражающей против признания и приведения в исполнение арбитражного решения, также можно подразделить на две подгруппы:

- *юрисдикционные основания*, связанные с отрицанием действительности арбитражного соглашения и компетенции арбитража на рассмотрение спора (п.п. а), с) п.1 ст. V Нью-Йоркской Конвенции и абзацы 2, 4 п.1 ч.1 ст.36 закона Украины «О международном коммерческом арбитраже»);

- *процессуальные основания*, связанные с недостатками при проведении арбитражного разбирательства (п.п. b), d) п.1 ст. V Нью-Йоркской Конвенции и абзацы 3, 5 п.1 ч.1 ст.36 закона Украины «О международном коммерческом арбитраже»), а также со вступлением в законную силу арбитражного решения и его оспариванием (п.п. е) п.1 ст. V Нью-Йоркской Конвенции и абзац 6 п.1 ч.1 ст.36 закона Украины «О международном коммерческом арбитраже»).

• Вторую группу оснований для отказа в признании и исполнении арбитражных решений составляют основания, принимаемые во внимание компетентным судом по его усмотрению.

При этом сторона, возражающая против исполнения решения, также вправе ссылаться на наличие оснований для отказа, предусмотренных в этой группе. Вместе с тем компетентный суд не связан с наличием или отсутствием таких возражений стороны и может по своему усмотрению применить эти основания, которые предусмотрены п.2 ст. V Нью-Йоркской Конвенции и п.2 ч.1 ст.36 закона Украины «О международном коммерческом арбитраже».

Их всего два:

1) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законодательству Украины, то есть фактически ставится под сомнение арбитрабельность спора;

2) признание и приведение в исполнение этого



арбитражного решения противоречат публичному порядку Украины.

Анализ судебной практики Украины свидетельствует о том, что если при оспаривании арбитражных решений стороны наиболее часто ссылаются на наличие юрисдикционных оснований для их отмены, то, возражая против признания и приведения в исполнение арбитражных решений, должники чаще всего прибегают к процессуальным основаниям, ссылаясь на то, что они не были должным образом уведомлены об арбитражном разбирательстве и о назначении арбитра либо были лишены возможности дать свои пояснения.

Нередко процессуальные основания сочетаются со ссылками на нарушение публичного порядка. При этом стороны, ссылаясь на нарушение публичного порядка, зачастую выдвигают возражения по существу арбитражного решения, что противоречит международно-правовым нормам и законодательству Украины.

Приведем наиболее часто выдвигаемые должниками основания возражений против предоставления разрешения на принудительное исполнение арбитражных решений и наиболее интересные вопросы, которые возникают во время рассмотрения ходатайств.

1. Юрисдикционные основания

Чрезвычайно интересным является вопрос о том, вправе ли сторона выдвигать юрисдикционные возражения на стадии рассмотрения компетентным судом ходатайства о предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражного решения, если она не выдвигала таких возражений во время арбитражного производства.

Нью-Йоркская Конвенция ответа на этот вопрос не содержит. Между тем Европейская Конвенция ответила на этот вопрос отрицательно. Так, согласно п.1 ст.V Европейской Конвенции о внешнеторговом арбитраже, отвод арбитражного суда любой из сторон по неподсудности, основывающийся на отсутствии или недействительности арбитражного соглашения или утраты им силы, должен быть заявлен в Арбитражном суде не позднее представления соответствующей стороной своего искового заявления или своих возражений по сути дела. Если же отвод основывается на том, что поставленный вопрос превышает полномочия арбитра, он должен быть заявлен, как только будет поставлен в ходе арбитражного процесса вопрос, который, по мнению выдвигающей возражение стороны, выходит за пределы компетенции арбитра. При этом заявление об отводе, сделанное на более поздних стадиях арбитражного процесса,

может быть удовлетворено, если Арбитражный суд признает причину просрочки уважительной.

В пункте 2 ст. V Европейской Конвенции установлено, что если указанные возражения против компетенции Арбитражного суда не были выдвинуты в установленные сроки, они не могут быть выдвинуты на более поздней стадии арбитражного процесса, а также в государственном суде при обращении к нему с просьбой о рассмотрении дела по существу или об исполнении арбитражного решения.

В ст. 4 закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» установлено, что сторона, которая знает о том, что какое-либо требование, согласно арбитражному соглашению, не было соблюдено, и, тем не менее, продолжает участвовать в арбитражном разбирательстве, не заявив возражений против такого несоблюдения без неоправданной задержки, и если для этого предусмотрен какой-либо срок, то в течение такого срока считается отказавшейся от своего права на возражение.

Учитывая указанные выше положения, можно прийти к выводу о том, что сторона на стадии признания и исполнения арбитражного решения имеет право ссылаться на юрисдикционные возражения только тогда, когда она ссылалась на эти возражения во время арбитражного разбирательства в порядке, установленном ст. V Европейской Конвенции (если государства сторон, между которыми возник спор, являются участниками этой Конвенции) и статьями 4,16 закона Украины «О международном коммерческом арбитраже».

Думается, что такой подход отвечает положениям Нью-Йоркской Конвенции, обязывающей участников Конвенции признавать иностранные арбитражные решения обязательными и исполнять их.

Интересным в этом аспекте является следующее судебное решение, в котором государственный суд даже пошел еще дальше, полагая, что сторона, не возразившая против компетенции во время арбитражной процедуры, но оспорившая арбитражное решение в установленном порядке, утратила право ссылаться на юрисдикционные основания.

В мае 2012 г. эстонское акционерное общество обратилось в суд с ходатайством о признании и исполнении Украиной решения арбитражного суда Эстонской Торгово-промышленной палаты о взыскании с украинского публичного акционерного общества 105 419, 27 долл. США.

Определением Овруцкого районного суда Житомирской области от 2 ноября 2012 года (дело № 0617/8985/12) ходатайство было удовлетворено и предоставлено разрешение на принудительное исполнение арбитражного решения.



Должник – украинское публичное акционерное общество – не согласился с вынесенным определением и обратился в Апелляционный суд Житомирской области с апелляционной жалобой, в которой указал, что арбитражное соглашение является недействительным, поскольку стороны не достигли соглашения в отношении органа, который должен рассматривать спор, его компетенции и процедуры рассмотрения спора. По мнению апеллянта, об этом свидетельствует то, что в заключенной сторонами арбитражной оговорке, содержащейся в контракте купли-продажи, указано, что какие-либо споры, связанные с исполнением этого контракта, подлежат передаче на рассмотрение и окончательное разрешение в Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Эстонии. Между тем арбитражное решение вынесено Арбитражным судом Эстонской торгово-промышленной палаты. Поскольку при Эстонской торгово-промышленной палате помимо постоянно действующего арбитража может быть создан арбитраж *ad hoc*, который также будет иметь название Международный коммерческий суд при Торгово-промышленной палате Эстонии, рассмотрение этого спора Арбитражным судом Эстонской торгово-промышленной палаты, по мнению апеллянта, не будет соответствовать предписаниям п.3 ст.IV Европейской Конвенции о внешнеторговом арбитраже.

Рассмотрев в открытом заседании апелляционную жалобу, Апелляционный суд Житомирской области пришел к выводу о том, что апелляционная жалоба не подлежит удовлетворению. В связи с этим Апелляционный суд Житомирской области определением от 20 декабря 2012 г. отклонил апелляционную жалобу и оставил без изменений определение суда первой инстанции.

Определение апелляционной инстанции содержит следующие основные положения.

Суд установил, что сторонами подписан контракт, в котором содержится арбитражная оговорка, предусматривающая, что все споры и разногласия, которые могут возникнуть из контракта или в связи с ним, подлежат передаче на рассмотрение и окончательное разрешение в Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Эстонии, г. Таллин.

Поскольку между сторонами возник спор по контракту, эстонское акционерное общество обратилось с иском в Арбитражный суд Эстонской Торгово-промышленной палаты, решением которого взыскано с украинского публичного акционерного общества 105 419, 27 долл. США.

Арбитражное соглашение является основани-

ем компетенции суда и арбитраж не может выйти за его пределы.

В соответствии с ч.3 ст. V Европейской Конвенции о внешнеторговом арбитраже, Арбитражный суд, против которого заявлен отвод о неподсудности, не должен отказываться от разбирательства дела и имеет право сам вынести решение по вопросу о своей компетенции или о наличии или действительности арбитражного соглашения или сделки, составной частью которой это соглашение является, с тем, однако, что указанное решение Арбитражного суда может быть впоследствии обжаловано в компетентном государственном суде в соответствии с законом страны суда.

Таким образом, состав Арбитражного суда самостоятельно принимает решение о том, существует ли арбитражное соглашение о передаче спора на его рассмотрение, и если Арбитражный суд решает, что такое соглашение существует, то он принимает дело к производству и рассматривает спор.

Решение Арбитражного суда по вопросу существования и действительности арбитражного соглашения, а также сферы применения арбитражного соглашения, может быть оспорено в государственный суд только после вынесения арбитражного решения и окончания арбитражного разбирательства.

В ходе арбитражного разбирательства по делу ответчик – украинское публичное акционерное общество, оспорило компетенцию Арбитражного суда, поскольку в арбитражной оговорке указан иной орган, а именно – Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Эстонии.

Арбитражный суд Эстонской Торгово-промышленной палаты в своем решении пришел к выводу о том, что он обладает необходимым объемом компетенции для рассмотрения спора, поскольку словосочетание «международный коммерческий», указанное в тексте договора, является именно тем, которое дополнительно уточняет компетенцию Арбитражного суда, а не изменяет наименование суда, которым является Арбитражный суд при Эстонской Торгово-промышленной палате.

Судом также установлено, что ответчик получил арбитражное решение 3 февраля 2011 года, однако в установленные сроки в компетентный государственный суд его не обжаловал.

Между тем однозначная практика по этому вопросу в Украине еще не сложилась. К сожалению, некоторые суды, рассматривая подобные юрисдикционные возражения на стадии признания и приведения в исполнение арбитражного решения,



даже не исследуют вопрос о том, выдвигал ли ответчик свои возражения во время арбитражного разбирательства и подавал ли он ходатайство об отмене арбитражного решения в стране его вынесения.

2. Процессуальные основания

Наиболее часто стороны, возражая против предоставления разрешения на принудительное исполнение арбитражных решений, прибегают к следующим процессуальным основаниям:

- сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом поставлена в известность о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве;

- сторона по другим уважительным причинам не могла подать свои объяснения;

- состав арбитражного суда или арбитражная процедура не отвечали соглашению сторон или закону той страны, в которой имел место арбитраж.

Возможность стороны воспользоваться указанными основаниями непосредственно зависит от качества арбитражного разбирательства, в частности, от того, насколько секретариат постоянно действующей арбитражной институции и арбитры, рассматривающие спор, внимательно отнеслись к вопросу о вручении ответчику письменных уведомлений о дате, времени, месте рассмотрения спора, составе суда, а также от того, как эти вопросы были отражены в арбитражном решении. Помимо этого иногда сам истец предоставляет должнику возможность в последующем прибегнуть к этому процессуальному основанию для отказа в принудительном исполнении арбитражного решения, поскольку еще на стадии подачи искового заявления не всегда ответственно подходит к вопросу об установлении действительного местонахождения ответчика.

Как свидетельствует судебная практика, стороны, возражая против признания и исполнения арбитражных решений, наиболее часто прибегают к такому возражению, как отсутствие надлежащего уведомления стороны об арбитражном разбирательстве. Особенно часто это происходит тогда, когда ответчику по делу по каким-либо причинам («организация выбыла», «за отказом», «такой организации нет») почтовыми службами не вручаются направляемые Арбитражным судом документы.

При этом государственные суды, отказывая в признании и исполнении арбитражного решения, не всегда учитывают положения ст. 3 закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», согласно которым любое письменное сообщение считается полученным стороной, если оно доставлено адресату лично или на его коммерческое предприятие, по его постоянному месту жи-

тельству или почтовому адресу, а когда таковые не могут быть установлены путем разумного наведения справок, письменное сообщение считается полученным, если оно направлено по последнему известному местонахождению коммерческого предприятия, постоянному местожительству или почтовому адресу заказным письмом или любым иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки этого сообщения.

Кроме того, государственными судами не всегда учитывается тот факт, что бремя доказывания наличия процессуального основания возлагается на сторону, которая возражает против исполнения арбитражного решения. Таким образом, отказ в признании и исполнении арбитражного решения на том основании, что сторона, ходатайствующая об исполнении арбитражного решения, не представила доказательств надлежащего уведомления ответчика о дате, времени и месте арбитражного разбирательства, является неправомерным.

При рассмотрении ходатайства о разрешении принудительного исполнения иностранного арбитражного решения суд первой инстанции, а в последующем и Апелляционный суд пришли к выводу о том, что должник не был надлежащим образом уведомлен о дате, времени и месте арбитражного разбирательства, а также об увеличении и дополнении исковых требований, поэтому был лишен возможности предоставить свои пояснения. В связи с этим в удовлетворении ходатайства было отказано. Определение Апелляционного суда от 30 апреля 2013 г. (дело №22-ц/796/8311/13) содержало следующие положения.

Согласно ст. V Нью-Йоркской Конвенции и ст. 36 закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», в признании и исполнении арбитражного решения может быть отказано только по просьбе стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона предоставит компетентному суду доказательства того, что она не была надлежащим образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по иным причинам не смогла дать своих пояснений.

В соответствии с ч.3 ст. 394 ГПК Украины, к ходатайству о разрешении принудительного исполнения арбитражного решения должен быть приложен, в частности, документ, который удостоверяет, что сторона, против которой вынесено решение и которая не принимала участия в судебном разбирательстве, была надлежащим образом уведомлена о дате, времени и месте судебного разбирательства.

Обращаясь в суд с ходатайством о разрешении принудительного исполнения решения Меж-



дународного арбитражного центра Федеральной палаты экономики Австрии, австрийская компания не предоставила суду документ, который свидетельствует о том, что ответчик по делу – украинское предприятие, принимал участие в арбитражном разбирательстве, был надлежащим образом уведомлен о времени и месте рассмотрения дела.

Из текста арбитражного решения следует, что 3 июня 2011 г. представитель ответчика уведомил арбитра о том, что он больше не представляет интересы ответчика и 6 июня 2011 г. в постановлении № 7 арбитр обратил внимание на обязанность ответчика принять участие в деле, назначенном на 14 июня 2011 года. Вместе с тем, к ходатайству заявитель не приложил доказательств того, что постановление арбитра № 7 было вручено ответчику до 14 июня 2011 года. Заявителем ходатайства не предоставлены также доказательства вручения ответчику дополнительно представленных истцом документов, в частности – заявления об увеличении исковой суммы, расчета процентов за просрочку платежа и договорных процентов, пояснения по сумме требований и расчет процентов, заявления о возмещении дополнительных расходов по арбитражному сбору.

Доводы апелланта о том, что именно ответчик должен доказывать неполучение судебных уведомлений и невозможность принять участие в арбитражном разбирательстве именно потому, что он надлежащим образом не был уведомлен о рассмотрении дела, имеет значение только в том случае, когда заявитель, обращаясь в суд, приложил доказательства надлежащего уведомления об арбитражном разбирательстве.

Апелляционный суд для установления указанных обстоятельств предоставил апелленту возможность устранить указанные недостатки, однако надлежащих документов суду им не было подано. Ответчик лишен возможности доказать обстоятельства неполучения им судебных повесток, так как суду не предоставлены документы, которые бы свидетельствовали о том, что ответчику направлялись указанные выше документы.

3. Публичный порядок

Очень часто, возражая против арбитражного решения, должник в сочетании с процессуальными основаниями ссылается на нарушение публичного порядка.

В целом отказ в признании и принудительном исполнении арбитражных решений в связи с нарушениями публичного порядка случается крайне редко.

Судебная практика свидетельствует о том, что

стороны, возражая против арбитражного решения, часто ссылаются на это основание, не имея возможности применить другие основания, предусмотренные Нью-Йоркской Конвенцией и соответствующим национальным законом. Объясняется это в первую очередь тем, что Нью-Йоркская Конвенция не детализирует понятие «публичный порядок», фактически отсылая к национальному законодательству страны, в которой запрашивается признание и принудительное исполнение арбитражного решения.

Суды достаточно редко отказывают в исполнении арбитражных решений по причине того, что исполнение решения противоречит публичному порядку. При этом понятие «публичный порядок» имеет достаточно узкое толкование: под его нарушением обычно понимается несоответствие арбитражного решения основополагающим нормам права и морали государства – основному правопорядку, который, как известно, установлен Конституцией страны.

При рассмотрении в Украине ходатайств о признании и принудительном исполнении арбитражных решений суды в течение длительного времени руководствуются Постановлением Пленума Верховного Суда Украины «О практике рассмотрения судами ходатайств о признании и исполнении решений иностранных судов и арбитражей и об отмене решений, постановленных в порядке международного коммерческого арбитража на территории Украины» от 24 декабря 1999 г. № 12, в котором под публичным порядком понимается правопорядок государства, основополагающие принципы, составляющие основу существующего в ней строя (касающиеся ее независимости, целостности, самостоятельности и неприкосновенности, основных конституционных прав, свобод, гарантий и т.п.).

Нередко заявители считают нарушением публичного порядка применение при вынесении арбитражного решения иностранного законодательства. При этом не учитываются положения ст. 12 закона Украины «О международном частном праве», согласно которым норма права иностранного государства не применяется только тогда, когда ее применение приводит к последствиям, явно не совместимым с основным правопорядком (публичным порядком) Украины.

Поскольку должник – украинское предприятие, в полной мере не выполнил арбитражное решение Международного арбитражного центра Федеральной палаты экономики Австрии от 1 сентября 2011 г., австрийская компания обратилась в Голосеевский районный суд г. Киева с ходатайством о признании и принудительном исполнении этого арбитражного решения.



Определением суда от 30 апреля 2013 г. (дело № 22-ц/796/8311/13) в удовлетворении ходатайства было отказано в связи с тем, что представитель должника не принимал участия в арбитражном разбирательстве, надлежащим образом не был уведомлен о дате, времени и месте слушания дела, и кроме того – решение противоречит публичному порядку Украины, так как применено право Австрии.

Не согласившись с этим определением, австрийская компания обратилась в Апелляционный суд г. Киева с апелляционной жалобой, по результатам рассмотрения которой было вынесено определение от 25 июля 2013 г., которым апелляционная жалоба была отклонена.

Апелляционный суд установил, что должник не был надлежащим образом уведомлен о дате, времени и месте арбитражного разбирательства, а также об увеличении и дополнении исковых требований, в связи с чем был лишен возможности предоставить свои пояснения, что является основанием для отказа в признании и принудительном исполнении арбитражного решения.

При этом Апелляционный суд отметил, что доводы апеллянта о том, что суд первой инстанции безосновательно пришел к выводу, что признание и исполнение арбитражного решения Международного арбитражного центра Федеральной палаты экономики Австрии от 1 сентября 2011 г. нарушает публичный порядок Украины, несостоятельны, так как применение арбитром при вынесении решения к правоотношениям сторон законодательства Австрии, а не Украины, которое стороны согласовали в арбитражном соглашении, не является нарушением публичного порядка, определение которого имеется в п.12 Постановления Пленума Верховного Суда Украины «О практике рассмотрения судами ходатайств о признании и исполнении решений иностранных судов и арбитражей и об отмене решений, постановленных в порядке международного коммерческого арбитража на территории Украины» от 24 декабря 1999 г. №12.

Арбитражное решение от 1 сентября 2011 г. и его возможное исполнение не повлияет на правопорядок Украины, не нарушит изначальные принципы и основы существующего в ней строя.

Согласно ГПК Украины, по результатам рассмотрения ходатайства компетентный суд выносит определение о разрешении принудительного

исполнения арбитражного решения или об отказе в удовлетворении ходатайства по этому вопросу, которые могут быть обжалованы в порядке, предусмотренном ГПК Украины.

На основании арбитражного решения и определения о разрешении принудительного исполнения, вступившего в законную силу, суд выдает исполнительный документ, который направляется для исполнения, согласно закону Украины «Об исполнительном производстве».

Необходимо остановиться еще на одном важном вопросе.

Государственные суды, руководствуясь положениями ч.8 ст. 395 ГПК Украины, в ходе рассмотрения ходатайства о признании и приведении в исполнение арбитражного решения, если в арбитражном решении сумма взыскания указана в иностранной валюте, определяют сумму взыскания в национальной валюте по курсу Национального банка Украины на день постановления определения.

Вряд ли можно назвать положения указанной статьи справедливыми и способствующими инвестиционной привлекательности Украины. В подавляющем большинстве случаев субъекты внешнеэкономической деятельности предусматривают в контрактах проведение расчетов в иностранной валюте, что полностью соответствует законодательству Украины. В связи с этим большинство иностранных арбитражных решений и решений МКАС и МАК при ТПП Украины предусматривают взыскание денежных средств именно в иностранной валюте. Поэтому в случае выдачи исполнительного документа о взыскании денежных средств в национальной валюте, взыскатель, которым, как правило, является нерезидент, вынужден нести дополнительные расходы, связанные с последующей конвертацией валюты. Фактически происходит двойная конвертация.

Учитывая, что закон Украины «Об исполнительном производстве» дает право государственному исполнителю, в случае исчисления суммы долга в иностранной валюте и наличия у должника средств в соответствующей валюте, взыскивать эти средства на валютный счет органа государственной исполнительной службы для их дальнейшего перечисления взыскателю, необходимо изменить положения ч.8 ст.395 ГПК Украины, предусмотрев возможность взыскания присужденной суммы в иностранной валюте.



СОВМЕСТИМОСТЬ РЕШЕНИЙ АРБИТРАЖНОГО СУДА С ПОЛОЖЕНИЯМИ ЕС В ОБЛАСТИ ПОТРЕБИТЕЛЬСКОГО ПРАВА

Защита иностранных инвесторов по инвестиционным спорам с государствами

Ивайло ДЕРМЕНДЖИЕВ,

арбитр, член президиума Арбитражного суда
при БТПП – Республика Болгария

И. В статье рассматривается понимание Судом Европейского Союза защиты прав потребителей, в частности – обсуждаются правомочия национального суда при рассмотрении таких дел. Взаимосвязанность этой темы с арбитражем – прямая и непосредственная, поскольку, обладая компетенцией по рассмотрению определенного спора, Арбитражный суд обязан вынести свое решение в соответствии с основными принципами справедливости и законности. При вынесении своего решения, хотя и не обладая властными правомочиями национального суда, Арбитражный суд обязан с присущей национальному суду ответственностью обеспечить сторонам равнопоставленность в процессе.

Именно в процессе обеспечения равнопоставленности сторон возникает исключительно щепетильный вопрос: должен ли арбитражный состав применять принятое обычным понимание, когда речь идет о национальной юрисдикции, что допустимо «заботиться» в служебном порядке о потребителе; допустимо ли служебное начало лишь в случаях, когда потребитель является ответчиком, или и в случаях, когда он является активной стороной в процессе (истцом).

Общеизвестна позиция европейской юриспруденции, что независимо от обстоятельств, приведших к возникновению определенного судебного спора, т.е. когда потребитель задержал с выполнением своих предельно ясных и конкретных обязанностей (например, регулярный платеж цены по договору) или даже когда потребитель является истцом, то именно в отношении потребителя следует применить презумпцию о более слабой стороне в процессе. По делу *Banco Espanol de Credito SA*¹ Суд напоминает, что «установленная Директивой 93/13 система защиты основывается на идее, что потребитель находится в положении более слабой стороны по отношению к продавцу или поставщику условий, без возможности оказать влияние на их содержание». Это понимание не новое – в этом же духе приняты и

решения по делу *Océano Grupo Editorial и Salvat Editores*², по *Mostaza Claro*³, как и по делу *Asturcom Telecomunicaciones*⁴.

В своей более совершенной практике Суд не только укрепляет это понимание, но и настаивает на позиции, что ввиду положения более слабой стороны статья 6, параграф 1 Директивы 93/13/ЕИО Совета от 5 апреля 1993 г., относительно неравноправных положений в потребительских договорах⁵ предусматривает, что неравноправные положения не являются тормозящими для потребителя. Это, по твердому пониманию Суда, является императивным положением, направленным на замену формального равновесия, устанавливаемого договором между правами и обязанностями судоспикеров, действительным равновесием, которое может восстановить равенство между ними. Такое понимание легко может нарушить принцип соревновательности (например, в этом смысле принято решение по *Mostaza y Claro*, о котором идет речь ниже) и поставить потребителя в немотивированно более привилегированное положение.

Согласно правомочиям, которые положения статьи 6, параграфа 1 Директивы предоставляют Суду, перед которым налицо спор с участием потребителя, от этого Суда ожидается, при наличии «необходимых для этого юридических и фактических обстоятельств»⁶, осуществление служебной проверки относительно эвентуально неравноправного характера любого договорного положения. Императивный характер положения статьи 6 параграфа 1 обуславливает и понимание в практике Суда, что Директива в своей целостности представляет собой необходимую меру для осуществления порученных Европейскому Союзу задач, и в частности – для повышения жизненного стандарта и качества жизни на его территории в целом⁷. Следовательно, любое нарушение в этой связи следует рассматривать как нарушение установленного публичного порядка. Из практики СЕС можно сделать категорический вывод, что национальный судья, установивший служебно неравноправный



характер определенного положения, применит все предусмотренные законом последствия этого факта, не дожидаясь, когда потребитель, который информирован о своих правах, представит волеизъявление, которым потребует отмену указанного положения⁸. Очевидно, что СЕС допускает вынесение решения вне предмета претензии, которую рассматривает национальный суд. Это возможность снова нарушить равновесие: в отношении поставщика/продавца будет нарушен принцип соревновательности⁹, который национальный суд должен соблюдать при решении спора на основании соображения, рассмотренного в служебном порядке.

Для соблюдения принципа соревновательности, суд, который в служебном порядке установил наличие неравноправного положения, должен каждой из сторон в процессе обеспечить право ознакомиться с доказательствами и мнениями, представленными суду противником стороны, и обсудить их. В то же время сторонам должна быть обеспечена возможность ознакомиться и с юридическими основаниями, которые суд выдвигает в служебном порядке и на которых он намеревается постановить свое решение, соответственно обсудить их. Следовательно, суд после установления в результате осуществленного им в служебном порядке расследования, что положение имеет неравноправный характер, должен уведомить об этом стороны по спору и пригласить их обсудить этот вопрос в условиях соревновательности в предусмотренном национальными процессуальными положениями порядке. Соблюдение принципа соревновательности не затрагивает эффективность предусмотренной в Директиве защиты в пользу потребителя. Тем более, что для последнего налицо возможность дать свое информированное согласие, чтобы процессное положение, хотя и не ущемляющее его прав, не устранялось из договора, соответственно считалось бы конкретно и добровольно утвержденным.

Изложенные до этого момента правомочия и обязанности национального суда полностью соотносимы и допустимы для применения арбитражным составом. В случае, если указанное в договоре применимое право требует и допускает служебную защиту прав потребителя, то нет причины для осуществления арбитражным составом правомочий национального суда для применения соответствующего нормативного акта¹⁰.

В этой связи демонстрируемое юриспруденцией ЕС отсутствие доверия к арбитражу как методу решения спора в случаях, когда дело касается **потребительских договоров**¹¹, необоснованно. Такое решение содержится и в позиции ECJ по делу *Mostaza Claro*¹², где суд принимает решение,

что *несправедливое*¹³ арбитражное положение в потребительском договоре приводит к «полной недействительности» процессуального договора. В этом решении есть рекомендация национальному суду отменить арбитражное решение, постановленное в связи с таким договором, даже когда во время арбитражного производства потребитель, несмотря на то, что он располагал достаточным количеством информации и процессуальной возможностью, не возразил по поводу неравноправности сторон.

Кроме того, что является показательным для отношения «право ЕС – арбитраж», подобная позиция является также свидетельством воли законодателя установить гармонизацию в национальных процессуальных нормах, касающихся стабильности арбитражного решения: независимо от того, что предусматривает национальное законодательство, европейские право и юриспруденция обеспечивают процессуальное преимущество более слабой стороне (потребителю), требуя, чтобы национальный суд обеспечил применение норм юриспруденции ЕС, независимо от этапа, на котором находится производство.

В своем решении по делу *Mostaza Claro*, ECJ игнорирует конкретность положения испанского арбитражного закона¹⁴ относительно момента, в котором следует предъявить возражение о подсудности. Суд воспринимает полностью уже заявленное по делу *Eco Swiss* понимание, что если налицо условия об отмене арбитражного решения из-за нарушения национальных юридических норм общественного порядка, то национальный суд должен допустить отмену арбитражного решения и в случаях, когда «*обнаруживает несовместимость с принятыми правилами того же типа*».

Пониманием о «защите общественного интереса и порядка» ECJ мотивирует свою толерантность к процессуальной пассивности одной из сторон в арбитражном процессе, которую в связи с ее выступлением в качестве потребителя законодатель рассмотрел как более слабую сторону в процессе. С другой стороны, таким образом создаются условия для компрометирования стабильности арбитражного решения любой из сторон, участвующих в арбитражном процессе. Не следует позволять воспользоваться правами, вытекающими из пропуска в своей защите, т.е. «санировать» ее в производстве по отмене арбитражного решения.

В соответствии с общепринятыми принципами арбитражного производства, участие стороны в арбитражном процессе, без оспаривания компетенции арбитража, создает предпосылки для принятия того, что налицо арбитражное соглашение. В отношении такого арбитражного соглашения вполне естественно следует согласиться с тем, что



оно заключено с непосредственным осознанным участием сторон и что налицо согласие о рассмотрении спора арбитражем страны участника, не оспаривающего компетенцию арбитража. Данная гипотеза не должна изменяться из-за факта, что одна из сторон является потребителем, если потребитель не оспаривает компетенцию арбитража, а участвовал в процессе и защищал себя: это означает, что он исчерпал предоставленное ему юриспруденцией ЕС (в данном случае Директивой 93/113/ЕЕС) материальное и процессуальное юридическое преимущество. Это понимание следует применять даже и в отношении стандартных/типовых договоров между продавцом/поставщиком и потребителем.

Эти рассуждения, однако, не поддерживаются защищаемой и поддерживаемой позицией ЕСJ о пропуске. В своих решениях о времени¹⁵ Суд допускает, что возможно, чтобы потребитель принял неблагоприятные для него условия по договору (в том числе и арбитражное положение) в связи с юридическим невежеством или потому что его останавливали финансовые расходы, связанные с защитой своих прав и оспариванием вмененных ему обязанностей. ЕСJ не обсуждает вопрос о том, что раз потребитель нашел возможность участвовать в арбитражном процессе, возбужденном по причине невыполнения с его стороны, следовательно, он уже находится в финансовой возможности защищать себя и, следовательно, будет трудно мотивировать/игнорировать один из основополагающих принципов римского права: *Ignorantia legis non exusat*. Таким образом, в некоторой степени допускается нарушение принципа эффективности, поскольку вменяется обязанность для национальной юрисдикции не только компенсировать процессуальный пропуск со стороны не воспользовавшегося своими правами потребителя, но и своими действиями полностью заменить полную процессуальную пассивность соответствующего потребителя¹⁶.

В своем решении по C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones* ЕСJ проявляет больше толерантности к национальному законодательству, несмотря на то, что он безусловно принимает, что диапазон защиты потребителей распространяется на любой этап производства (по делу), направленного на окончательное выполнение арбитражного решения. В то время как в решении по *Mostaza Claro* ЕСJ защищает понимание, согласно которому положения Директивы «следует толковать в смысле, что национальный суд, к которому обратились с иском об отмене арбитражного решения, должен определить, является ли это решение ничтожным и отменить его, если соглашение содержит неравноправные положения,

даже и когда потребитель не требовал определения ничтожности во время арбитражного производства, а лишь во время производства об отмене арбитражного решения». В своем выводе по делу *Asturcom* ЕСJ допускает, что «национальная юрисдикция, к которой обратились с заявлением о принудительном выполнении пользующегося силой вынесенного арбитражного решения, постановленного без участия потребителя, обязана, когда налицо необходимые для этого юридические и фактические обстоятельства¹⁷, оценить в служебном порядке неравноправный характер арбитражного положения, содержащегося в заключенном между потребителем и продавцом или поставщиком договоре, в степени, в которой, согласно национальным процессуально-правовым нормам, она может выполнить такую оценку в рамках сходных национальных производств. Если случай подобный, юрисдикция должна выявить все вытекающие из этой оценки последствия, согласно национальному праву, чтобы гарантировать, что указанное положение не является ущемляющим для потребителя».

Отсылка к национальному праву (см. подчеркнутый текст в предыдущем абзаце) является выражением позиции ЕСJ об обязательном применении со стороны страны внутриправового порядка принципов эффективности и равнопоставленности, на основании которых должно осуществляться взаимодействие между национальной юриспруденцией и нормами юриспруденции ЕС, не компрометируя стабильность окончательных судебных или арбитражных актов, как и воспринятое соответствующей национальной юриспруденцией понимание о «силе присужденного», поскольку в юридических нормах ЕС не содержится единого понятия об этом. Порядок и условия применения принципа о силе присужденного (разрешенного) определяются странами-членами в рамках их процессуальной автономии, не допуская, чтобы данный порядок и условия являлись более неблагоприятными по сравнению с порядком и условиями, регулирующими подобные внутренние положения (принцип равноценности), или чтобы они были определены таким образом, что сделали бы практически невозможным или чрезвычайно затруднительным использование прав, предоставляемых общественным правовым порядком (принцип эффективности)¹⁸. Принцип равноценности требует, чтобы условия, предусмотренные национальным правом в связи со служебным применением норм общественного права, не были более неблагоприятными по сравнению с условиями для служебного применения внутриправовой нормы того же ранга. И поскольку для ЕСJ нет сомнения, что норма ст. 6, § 1 Директивы 93/13 является им-



перативной, а Директива в целом соответствует ст. 3, § 1, б. ЕО и представляет необходимую меру для осуществления порученных Европейской общности задач, и в частности – для повышения жизненного стандарта и качества жизни на всей ее территории, то ее распоряжения, в частности ст. 6, абз. 1 Директивы¹⁹, следует принимать как положение, равноценное национальным нормам, имеющим ранг норм публичного порядка во внутреннем правопорядке. Такое понимание, со своей стороны, вызывает необходимость и обязанность для национального суда следить за соблюдением общественного порядка и респективно императивных положений закона (внутринационального или из юриспруденции ЕС), независимо от стадии процессной и процессуальной активности сторон на предыдущих стадиях и/или на текущей.

В отношении возможности контролировать арбитражное решение на основании «совместимости с юриспруденцией ЕС» в заключении по делу *Eco Swiss*²⁰ Генеральный адвокат Saggio достигает некоторой экстремальности, поддерживая понимание *effet utile* юриспруденций ЕС требовать четкого исследования национальных законов об арбитраже и их неприменения, если в них: (а) не предусматривается возможность отменять арбитражные решения по причине нарушения права ЕС; (б) не предоставляется возможность национальному суду толковать право ЕС по относимым вопросам, даже и в случаях, когда они были в области исследования арбитражным судом; (в) не контролируется соответствие арбитражного решения праву ЕС в соответствии с поведением страны (т.е. при помощи преклюзии, если вопрос не был уже выдвинут стороной в арбитражном производстве и/или при наличии неуместно коротких сроков для реагирования в этой связи).

Практика показывает, что активные участники рынка в Европе, как правило, указывают на арбитраж (институциональный или *ad hoc*) как на метод для решения эвентуально возникших споров. При этом напрашивается и вывод, что сформированный по воле сторон арбитражный орган является органом, применяющим право ЕС в своем решении, чем определяется завершение спора, и решение которого подлежит признанию и выполнению. А когда выполнение будет осуществляться в стране *lex arbitri*, в большей своей части страны-члены не усматривают необходимости в дополнительных процедурах по признанию и разрешению к выполнению арбитражного акта на соответствующей территории. В большинстве случаев заинтересованная сторона может приступить к выполнению решения после получения исполнительного листа или юридически приравненной к нему формы, согласно релевантному законодательству страны-

члена. Таким образом, решение не доходит до производства по признанию, в котором обсуждается эвентуальное «нарушение общественного порядка» как основание для непризнания, как допускает Нью-Йоркская Конвенция. Большинство национальных законодательств допускают отмену арбитражного решения в случаях, когда оно противоречит «публичному порядку». Производство по отмене начинается по инициативе заинтересованной стороны и имеет преклюзивный срок – от трех до шести месяцев, после которого если такое производство не началось, то арбитражное решение становится неотменимым. Следовательно, по истечении этого периода, различного для каждой отдельной страны-члена, частью юридического мира становится постановленный окончательный или частичный арбитражный акт, что *de jure* вполне возможно, независимо от общих принципов юриспруденции, быть в противоречии с императивными нормами применимого права ЕС.

В заключение, возвращаясь к первой теме настоящего материала, подчеркнем, что для поддержания доброго имени арбитража как эффективного и справедливого альтернативного метода добровольного регулирования споров, считаем, что Арбитражный суд должен учитывать положения, связанные как с применимым, согласно договору, правом, так и с правом ЕС, когда договор и/или любая из сторон имеют непосредственную и прямую связь со страной-членом ЕС и/или когда решение подлежит признанию и выполнению в стране-члене. Конечно, решающий орган следует прежде всего определенному сторонами применимому праву. Но мы убеждены, что ввиду высокой степени профессионализма и эрудиции арбитров, они не затруднились бы расширить охват своих оценок во время арбитражного производства с целью максимального устранения потенциальных оснований для отмены арбитражного решения в связи с противоречием праву ЕС, респективно – на основании нарушения публичного порядка.

II. В то время как ЕС контролирует защиту потребителей в качестве более слабой стороны в потребительских договорах, в том числе и в отношении арбитражного соглашения, содержащегося в них, международный правовой порядок предусматривает специальные способы защиты иностранных инвесторов в связи с осуществляемыми ими инвестициями в другой стране.

Во вступившей в силу в 1966 году Конвенции о регулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других стран предлагается удачный способ для отнесения инвестиционных споров стран и иностранных инвесторов для их решения в нейтральные *ad hoc* Арбитражные суды. Эти суды администрируются Между-



народным Центром по урегулированию инвестиционных споров – International Centre Settlement of Investment Disputes (ICSID), действующим под эгидой Всемирного банка. Сторонами по этой Конвенции являются большинство стран-членов ЕС, ввиду чего данный документ становится частью юриспруденции ЕС. Сторонами по Конвенции являются и другие европейские страны, не являющиеся членами ЕС. Для Молдовы Конвенция вступила в силу с 04.06.2011 года.

Арбитражные суды при Центре абсолютно самостоятельны и денационализированы в том смысле, что они функционируют независимо от любого национального суда или национальных процессуальных правил. Особое значение имеет и то, что в отличие от всех других арбитражных решений, решения этих судов не подлежат судебной проверке или контролю и выполнимы в каждой из стран, являющихся сторонами по Конвенции, таким же способом, как если бы они представляли местное судебное решение для соответствующей страны.

Основой инвестиционных споров, рассматриваемых в порядке Конвенции, являются двусторонние или многосторонние межгосударственные соглашения для защиты и поощрения инвестиций. Первый такой договор в 1959 г. был подписан между Пакистаном и Германией. К настоящему моменту число двусторонних инвестиционных договоров/соглашений превышает 2 600. К ним можно добавить и около 2 700 соглашений об избежании двойного налогового обложения. На основании инвестиционных договоров/соглашений любая страна, являющаяся стороной по такому договору, обязывается обеспечить инвесторам из другой страны определенный уровень защиты, в том числе право на справедливое и беспристрастное отношение и право на компенсирование в случаях экспроприации, соглашаясь, что такие инвесторы вправе инициировать арбитраж перед Центром непосредственно против страны в случае нарушения материально-правовых протекций, вытекающих из содержания договора.

Согласие сторон на разрешение своего спора арбитражем при Центре представляет собой фундаментальное требование для установления юрисдикции суда. Согласие сторон является «краеугольным камнем для юрисдикции Центра»²¹ и «обязательным условием для юрисдикции» Центра²². Ратификация Конвенции договаривающейся страной не является, однако, достаточным условием для обоснования наличия согласия об обращении к арбитражу Центра по спорам с иностранными инвесторами. Необходим и дополнительный акт, чтобы суд Центра располагал юрисдикцией, и именно государство должно конкретно согласить-

ся обратиться по отдельному спору или определенному типу споров в арбитраж Центра.

Согласие может быть дано посредством конкретно изъявленного принятия арбитража, его юрисдикции при Центре и принятия предмета инвестиционного договора с инвестором или последующего волеизъявления по поводу уже возникшего спора.

Согласие может быть дано на основании включения внутреннего инвестиционного законодательства страны²³ в двустороннее межгосударственное соглашение о защите инвестиций²⁴, или оно может вытекать из многостороннего договора, заключенного в том числе между принимающей инвестиции страной и страной происхождения инвестора²⁵.

Данная форма согласия с юрисдикцией арбитража определяется как «*одностороннее предложение (оферта) принимающей страны, выраженное в ее законодательстве или в (международном) соглашении, которое впоследствии принимается инвестором*»²⁶.

Со своей стороны инвестор может дать свое согласие отдельным актом на более позднем этапе (например, при возникновении конкретного спора). Согласие инвестора, принятие им предложения страны четко объективировано и самим предъявлением иска в Центр.

В практике Центра множество дискуссий вызывал и вопрос о возможности принятия факта, что налицо согласие с юрисдикцией Центра даже при отсутствии положения в этом смысле в определенном двустороннем инвестиционном соглашении между принимающей страной и страной инвестора, если в соглашении содержится положение о т.наз. наиболее благоприятствующей нации²⁷, которое распространяется и на механизмы по урегулированию споров, т.е. если принимающая страна согласилась с юрисдикцией Центра в другом соглашении с другой договаривающейся страной, будет ли иметь право инвестор по первому соглашению ссылаться на наиболее благоприятствующие отношения, предоставляемые страной другим инвесторам в силу других соглашений. В любом случае определяющим будет конкретный текст соответствующего соглашения и цели договаривающихся стран.

Отличительной чертой споров по Конвенции является факт, что сторонами по ним могут быть договаривающаяся страна (или любое составное подразделение или агентство договаривающейся страны) и гражданин другой договаривающейся страны. Термин «гражданин другой договаривающейся страны» дефинирован в ст. 25, п. 2 Конвенции и относится как к физическим, так и к юридическим лицам.



Следующее требование, которое Конвенция предъявляет к юрисдикции Центра, это наличие юридического спора, вытекающего непосредственно из инвестиции. Т.е. речь идет не о любом юридическом споре вообще, а только о спорах, вытекающих непосредственно из сути инвестиции, причем налицо должна быть прямая причинно-следственная связь между инвестицией и спором. Конвенция не дефинирует термин «инвестиция». Вместо рестриктивного дефинирования термина «инвестиция» создатели Конвенции предоставили самим сторонам возможность определить понятие инвестиции в конкретных обстоятельствах. Или в более общем виде, отдельные межгосударственные инвестиционные соглашения/договоры содержат довольно лаконичное определение инвестиционного спора, в то время как другие предпочитают подробные положения. Следовательно, конкретное межгосударственное соглашение обладает юридическими рамками по использованию термина «инвестиция». Почти все межгосударственные инвестиционные соглашения содержат дефиницию об инвестиции. Согласно обычной практике, комбинируется примерный перечень активов под протекцией, с неограничительной дефиницией инвестиции, включающей любые категории активов, прав и интересов. Среди конкретных активов, которые соглашения указывают в качестве инвестиции, находятся акции в торговых обществах, концессионные договоры, общества, зарегистрированные в соответствии с местным законодательством, кредиты, записи приказов, строительные договоры и другие виды инвестиций, обладающих экономической стоимостью.

Несмотря на то, что конкретный охват и содержание инвестиции по отдельным двусторонним инвестиционным соглашениям значительно варьирует, в общем виде двусторонние соглашения гарантируют инвесторам определенные минимальные протекции для их инвестиции в чужой стране, с которой их собственная страна заключила соглашение.

Почти все двусторонние инвестиционные соглашения предусматривают, что принимающая страна будет предоставлять инвесторам из другой договаривающейся страны «справедливое и беспристрастное» отношение (*fair and equitable treatment*). В общем виде стандарт о справедливом и беспристрастном отношении требует, чтобы государство поддерживало прочно и предвидимо инвестиционное окружение и юридические рамки в соответствии с разумными оправданными ожиданиями инвестора.

Взаимосвязанным с вышеуказанным принципом является стандарт о «полной защите и надежности». Данный стандарт касается обязанностей

принимающей страны по обеспечению защитных мер, которые должны предотвратить физическое уничтожение имущества инвестора. Несмотря на то, что данный стандарт в основном находил применение в случаях, касающихся физической защиты недвижимого и движимого имущества, он охватывает и другие обстоятельства, например — отзыв правительственного разрешения, имеющего значение для эксплуатации инвестиции, что можно принять как нарушение прав инвестора получить полную защиту и надежность инвестиции.

Обычно соглашения налагают на принимающую страну юридическое обязательство не затрагивать управление или действие инвестиции с использованием своевольных или дискриминационных мер. Своевольные действия не следует понимать как что-либо, осуществляемое в противоречии с нормативным правилом, а как умышленное пренебрежение применением закона и как акт, нарушающий ощущение юридической безопасности. Рассматриваемая мера является дискриминационной по своему эффекту, если в результате ее применения отношение к инвестору будет отличаться от отношения к другим инвесторам в подобной или сравнимой ситуации. Является ли определенная мера своевольной или дискриминационной по своему характеру, выявляет фактическое исследование, проводимое в рамках и в свете всех обстоятельств данного дела.

Согласно стандарту о «наиболее благоприятствующей нации», принимающая страна не может относиться к иностранным инвестициям менее благоприятно по сравнению с отношениями с инвесторами из третьих стран. Например, если принимающая страна предоставит налоговые льготы инвесторам одной национальности, то инвесторы другой национальности могут рассчитывать на положение о принятии в качестве наиболее благоприятствующей нации в соответствующем соглашении и требовать того же самого отношения к себе или претендовать на получение компенсации за убытки, причиненные в результате неравнодостоинного отношения.

Многие двусторонние инвестиционные соглашения предусматривают, что принимающая страна будет разрешать трансферы доходов от инвестиции, которые можно будет осуществлять свободно и без промедления и помех на ее территории и вне ее. Иностранные инвесторы, например, имеют право на компенсацию, если их затронули изменения в валютном режиме принимающей страны, или иные положения, которые эффективно блокируют средства инвестора, находящиеся в принимающей стране.

Возможно, наиболее существенная протекция,



предлагаемая двусторонними инвестиционными соглашениями, касается обязанностей страны уплатить компенсацию иностранным инвесторам в случае экспроприации (отчуждения). Общепринятым принципом в международной публичной юриспруденции является факт, что экспроприация может быть налицо в результате непосредственного, прямого формального акта изъятия имущества, каковым являются случаи открытой национализации. Экспроприация может наступить и в результате индиректного отнятия, которое существенно лишает инвестора использования его инвестиции, в том числе лишает его всей или существенной части прибыли и экономической пользы от инвестиции, даже и в случае, когда право собственности на имущество, являющееся предметом инвестиции, остается формальной собственностью инвестора. Правительственные меры можно приравнять к экспроприации без значения их формы или цели. Экспроприация также может быть «ползучей» или «градирующей». Не нужно, чтобы она была одноразовой или незамедлительной, если может развиваться при помощи серии актов, кумулятивный эффект которых представляет существенное лишение пользования или стоимости инвестиции. Правительственные меры типа увеличения налогового бремени, норм относительно окружающей среды или отмены данных разрешений и лицензий можно при определенных обстоятельствах приравнять к экспроприации.

Международное право не запрещает экспроприацию как таковую. Скорее всего оно требует осуществлять экспроприацию с учетом публичного интереса и не на дискриминационной основе, а также чтобы она была осуществлена в сочетании с адекватной и соразмерной компенсацией инвестору. Положения в отдельных двусторонних инвестиционных соглашениях варьируют относительно приемлемых параметров экспроприирования имущества и их следует рассматривать для каждого случая в отдельности.

Двусторонние инвестиционные соглашения могут содержать также общие положения, обязывающие государство соблюдать или гарантировать соблюдение специфических обязанностей, принятых на себя инвесторами. В общем случае такое положение предусматривает, что государство будет соблюдать любое обязательство, принятое на себя в отношении инвестиции граждан или компаний из другой страны. Такие положения в соглашениях часто определяют как «umbrella clauses» (покрывающее положение), в том смысле, что они покрывают любое обязательство страны, принятое по поводу инвестиции иностранного инвестора.

Итак, потребители и иностранные инвесторы

располагают специфическими способами защиты, в том числе возможностью отнесения возникающих споров для их разрешения в арбитраж.

Литература:

¹ C-618/2010. Решение Суда (первый состав) от 14 июня 2012 г., Banco Español de Crédito SA против Joaquín Calderón Camino, неопубликовано.

² Решение от 27 июня 2000 г. по C-240/98—C-244/98, Recueil, с. I-4941, пункт 25.

³ Решение от 26 октября 2006 г. C-168/05, Recueil, с. I-10421, пункт 25.

⁴ Решение от 6 октября 2009 г., C-40/08, Сборник, с. I-9579, пункт 29.

⁵ Статья 6, параграф 1: Страны-члены выдвигают требование, чтобы включенные неравноправные положения в договоры между потребителями и продавцами или поставщиками не были сдерживающим фактором для потребителя и что договор продолжает действовать для сторон по остальным условиям, если его можно выполнять без порочных условий.

⁶ Данная оговорка часто встречается в практике Суда, причем оценка наличия таких обстоятельств отягощает субъективное восприятие национального суда.

⁷ В этом смысле Решение Суда (первого состава) от 30 мая 2013 г., C-488/11 г., Dirk Frederik Asbeek Brusse и Katarina de Man Garabito срещу Jahani BV, неопубликовано; Решение по делу Pannon GSM, C-243/08, Сборник, с. I-4713, пункт 26 и Решение от 14 июня 2012 г., C-618/10 г., Banco Español de Crédito, пункт 67.

⁸ Решение Суда (первого состава) от 21 февраля 2013 г. C-472/11 г., Banif Plus Bank Zrt против Csaba Csipai и Viktória Csipai, параграф 28, 26.

⁹ Решение Суда (первого состава) от 21 февраля 2013 г. C-472/11 г., Banif Plus Bank Zrt против Csaba Csipai и Viktória Csipai, параграф 28, 26.

¹⁰ В этой связи абсолютно несостоятельной является выраженная Генеральным адвокатом Trstenjak позиция по делу Asturcom (C-40/08), что в связи со своим личным (финансовым) интересом арбитры отнесли бы с пренебрежением к эвентуальной недействительности арбитражного положения, респективно к условиям его подписания, что отнесло бы его к категории «неравноправных положений».

¹¹ Директива Совета 93/13/ЕЕС от 5 апреля 1993 г. относительно неравноправных положений в потребительских договорах (ОВ, 21.04.1993, L 95, 29); ст. 3 Приложения (q) отмечает, что арбитражи, «не обеспеченные юридическими положениями», считаются в «несправедливых условиях», причем законодатель не говорит о содержании, которое он вложил в требование



«необеспеченные юридическими положениями» (not covered by legal provisions’).

¹² Case C-168/05, *Mostaza Claro* [2006] E.C.R. I-10421, где национальный суд спрашивает следующее: *Приемлемо ли, чтобы защита потребителей, согласно Директиве 93/13/ЕЕС, требовала от суда, рассматривающего иск об отмене арбитражного решения, вынести решение о ничтожности арбитражного соглашения и отменить решение, если будет установлено, что соглашение содержит неравноправное положение в ущерб потребителю в случаях, когда данный вопрос выдвинут лишь в заявлении об отмене, а не во время арбитражного производства?*

¹³ Из логики текста Директивы 93/13/ЕЕС следует, что «несправедливость» презюмируется, кроме случаев, когда условия по потребительскому договору о конкретно договоренном *intuito personae* и согласие об арбитраже со стороны потребителя выражены сознательно и конкретно.

¹⁴ Статья 23 (1) Закона 36/1988 гласит: возражение против арбитража на основании отсутствия компетенции или на основании несуществующего, недействительного или прекращенного арбитражного соглашения должно быть отправлено одновременно с представлением первого изъяснения стороны по спору.

¹⁵ См и C-473/00 *Cofidis* [2002] ECR I-10875, параграф 34; C-168/05, *Mostaza Claro* [2006] E.C.R. I-10421, параграф 29; C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones*, C-126/97 *Eco Swiss*.

¹⁶ См. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, параграф 47 и сл.

¹⁷ Подчеркивания использованы для нужд настоящего анализа и не содержатся в оригинальном тексте решения.

¹⁸ В этом смысле Решение от 16 марта 2006 г. по делу *Karferer*, C-234/04, *Recueil*, стр. I-2585, пункт 21; Решение от 3 сентября 2009 г. по делу *Fallimento Olimpiclub*,

C-2/08, *Fallimento Olimpiclub* [2009], R 2009 I-07501, параграф 23.

¹⁹ «Страны-члены определяют требование о том, чтобы включенные неравноправные положения в договоры между потребителями и продавцами или поставщиками не были обязывающими для потребителя в условиях их национального права и чтобы договор продолжал свое действие для сторон по остальным условиям, если его можно выполнять без неравноправных положений».

²⁰ C-126/07 *Eco Swiss v. Benetton* [1991] E.C.R. I-3055, at §§ 30–46, где показана связь и с предыдущими решениями ECJ: C-312/93 *Peterbroeck* [1995] и C-393/92 *Almelo* [1994].

²¹ Сопровождающий Доклад исполнительных директоров Всемирного банка к Конвенции (18 марта 1965).

²² Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, (Cambridge University Press, 2001).

²³ Например, албанский Закон об иностранных инвестициях от 1993 г. конкретно предусматривает, что в отношении споров, связанных с экспроприацией, компенсацией за экспроприацию, дискриминацией или свободным перечислением доходов, Республика Албания дает свое согласие обращаться с подобными спорами для решения в арбитраж при Центре в соответствии с Конвенцией.

²⁴ Обращение для решения споров в Центр характерно для большинства современных двусторонних инвестиционных договоров (Bilateral Investment Treaties).

²⁵ Примером в этом отношении может послужить NAFTA (North American Free Trade Agreement).

²⁶ Ch. Schreuer, “*The ICSID Convention: A Commentary*”.

²⁷ На английском „most-favoured nation treatment”, а положения, содержащие такую оговорку, обозначают в сокращенном виде „MFN Clauses”.



UNELE ASPECTE DE NOUȚATE ADUSE DE NOUL COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ DIN ROMÂNIA

Leaua CRENGUȚA,
doctor în drept, arbitru,
membru al CIA ICC Paris, avocat (România)

I. Introducere

Noul Cod de procedură civilă din România, care a intrat în vigoare la 1 februarie 2013, păstrează o parte din textele Codului de procedură civilă anterior, însă aduce și un număr de elemente de noutate, dintre care menționăm următoarele:

- O nouă definire a litigiilor arbitrabile.
- Unele cerințe de formă speciale pentru convențiile arbitrale încheiate cu privire la litigii referitoare la bunuri imobile, precum și cerințe referitoare la anumite proceduri speciale pentru executarea hotărârilor pronunțate în astfel de litigii.
- Reglementarea așa-numitului „arbitru supleant”, persoană care preia atribuțiile arbitrului în anumite situații, și care trebuie numită de către părți în mod similar membrilor tribunalului arbitral.
- Prevederea unor motive specifice de recuzare a arbitrilor și nu doar referirea generală la situația lipsei de independență și imparțialitate.
- Reglementarea posibilității de formulare a acțiunii în anulare împotriva unora dintre încheierile pronunțate de tribunalele arbitrale, cu anticipație față de o eventuală acțiune în anulare a hotărârii arbitrale.
- Detalierea procedurii de formulare și transmitere către Curtea Constituțională a excepțiilor de neconstituționalitate ridicate în cadrul procedurii arbitrale; posibilitatea ca tribunalele arbitrale – iar nu doar instanțele judecătorești – să sesizeze Curtea Constituțională cu o excepție de neconstituționalitate este prevăzută de Constituția României.
- Reglementarea distinctă a arbitrajului instituționalizat față de arbitrajul ad-hoc, inclusiv introducerea unor prevederi speciale cu privire la constituirea instituțiilor de arbitraj în România, precum și aplicabilitatea regulilor acestora în relație cu autonomia de voință a părților în privința regulilor de procedură arbitrală.

În privința arbitrajului internațional, este de menționat și faptul că reglementarea anterioară a raporturilor juridice de drept internațional privat, cuprinsă în Legea nr. 105/1992, a fost abrogată, în prezent aspectele de drept material de drept internațional privat fiind reglementate de Noul Cod civil, iar cele de drept procesual de Noul Cod de procedură civilă.

Dintre toate aceste modificări, ne vom opri pentru o analiză mai detaliată asupra prevederilor din Noul Cod de procedură civilă din România care se referă la

litigiile considerate arbitrabile, precum și la condițiile de valabilitate ale convenției arbitrale¹.

II. Litigiile arbitrabile

În Codul de procedură civilă anterior, domeniul litigiilor arbitrabile era restrâns la acela al litigiilor patrimoniale, cu excepția celor care priveau drepturi asupra cărora legea nu permitea să se facă tranzacție.

Noul Cod de procedură civilă definește litigiile arbitrabile în mod diferit în arbitrajul intern și în cel internațional.

II.1. Litigiile arbitrabile în arbitrajul intern

Astfel, în cazul arbitrajului intern, în prezent, definirea litigiilor arbitrabile nu mai este restrânsă doar la litigii patrimoniale, regula fiind aceea că sunt arbitrabile orice litigii. Sunt prevăzute însă expres de lege anumite excepții ce privesc obiectul litigiului sau părțile acestuia². Așa fiind, arbitrabilitatea poate fi analizată din perspectivă obiectivă (atunci când se are în vedere obiectul litigiului) și din perspectiva subiectivă (atunci când elementul relevant în analiză sunt părțile litigiului). Distinct de acestea, se mai poate observa și o a treia perspectivă, care dă relevanță situațiilor în care anumite texte legale prevăd competența exclusivă a instanțelor judecătorești pentru anumite litigii care, din perspectiva articolului 542, s-ar încadra totuși în categoria litigiilor arbitrabile. Vom analiza, în cele ce urmează, fiecare din aceste trei perspective cu privire la arbitrabilitate.

Litigiile nearbitrabile din perspectiva obiectului sunt cele enumerate expres de art. 542 alin.(1) din Noul Cod de procedură civilă:

a) Litigiile care privesc starea civilă. Aceste litigii sunt, de fapt, nepatrimoniale și erau nearbitrabile și sub reglementarea Codului de procedură civilă de la 1865.

b) Litigiile care privesc capacitatea persoanelor. Nu trebuie avute în vedere în sensul acestui tip de litigii nearbitrabile, doar cele privind capacitatea persoanelor fizice, ci și cele privind capacitatea persoanelor juridice. Considerăm că și intrarea în insolvență sau în faliment a unei societăți reprezintă, prin efectul pe care îl produce, un litigiu care are legătură cu capacitatea persoanei, nefiind așadar arbitrabil³.

c) Litigiile care privesc dezbaterea succesorală. Sunt astfel de litigii doar cele ce privesc exclusiv dezbaterea succesorală. Nu considerăm că se în-



cadrează în această categorie litigiile de partaj între moștenitori, odată ce dezbaterea succesorală a avut loc și s-a stabilit cota acestora, prin emiterea certificatului de moștenitor, pentru că nu considerăm relevantă sursa stării de indiviziune. De principiu, considerăm că orice litigiu cu privire la o ieșire din indiviziune nu privește relațiile din care a rezultat indiviziunea, care pot fi diverse – o achiziție comună, o moștenire, relațiile dintre soți etc.⁴.

d) Litigiile care privesc relațiile de familie. Sunt astfel de litigii cele care au ca obiect măsuri ce revin instanței de tutelă, potrivit prevederilor Cărtii a IV-a din Codul civil, precum și divorțul. Vor fi însă arbitrabile acțiunile privind lichidarea regimului comunității ulterior divorțului, când relațiile de familie nu mai sunt relevante⁵.

Nu considerăm că se încadrează în această situație litigiile izvorând din convențiile matrimoniale încheiate între soți, deoarece acestea nu au ca obiect relații de familie în sens strict, și nici nu privesc relații ce sunt specifice familiei, chiar dacă părțile convenției sunt soți. Considerăm că se aplică o interpretare strictă a noțiunii de relații de familie, pentru că domeniul aplicării acestui articol este unul al excepției, anume al excepției de la regula arbitrabilității. În doctrină, s-a exprimat însă și un punct de vedere diferit, potrivit căruia acțiunile privind valabilitatea convenției matrimoniale nu sunt arbitrabile⁶.

e) Litigiile care privesc drepturi asupra cărora părțile nu pot să dispună. În această categorie, considerăm că intră, spre exemplu:

(i) litigiile de drept public – penal, contencios administrativ și fiscal⁷;

(ii) litigiile de muncă, în care salariații nu au dreptul să renunțe la drepturile lor, conform art.38 din Codul muncii, care prevăd că drepturile recunoscute prin lege salariaților nu pot face obiectul unei tranzacții, renunțări sau limitări. Întrucât art.542 alin.(1) declară nearbitrabile litigiile care privesc drepturile asupra cărora părțile nu pot să dispună, rezultă că nu vor putea fi soluționate pe calea arbitrajului acele litigii ce au ca obiect drepturi ale salariaților recunoscute prin lege, chiar dacă acestea au conținut patrimonial⁸;

(iii) litigiile în materia insolvenței, datorită competenței exclusive a tribunalului, respectiv a judecătorului sindic, precum și a caracterului concursual al procedurii⁹.

Distinct de categoriile de situații mai sus arătate în doctrină s-a reținut și tratat distinct categoria litigiilor „mixte” sau a litigiilor în așa-numitele „materii sensibile”. Acestea privesc în general litigii în materii considerate de ordine publică, dintre care unele sunt date prin dispoziții imperative în competența exclusivă a instanțelor judecătorești sau a altor organe jurisdicționale, pe când altele sunt arbitrabile. În legătură cu acestea, s-a reținut în doctrină că arbitrabilitatea nu

este exclusă *de plano*. S-a afirmat că în determinarea caracterului arbitrabil sau nu al acestora, un criteriu ar fi acela al cauzei juridice a acțiunii (*causa petendi*), în sensul că atunci când temeiul juridic al acțiunii ar privi exclusiv latura patrimonială a raportului guvern timer de dispoziții de ordine publică, litigiul ar fi de principiu arbitrabil, în măsura în care nu este atribuit în competența exclusivă a instanțelor judecătorești ori calificat de lege ca netranzaționabil¹⁰. Cu titlu de exemplu, menționăm:

(i) litigiile în materia drepturilor de proprietate industrială și de autor, categorie în care anumite litigii pot fi totuși considerate arbitrabile¹¹;

(ii) litigiile în materia dreptului concurenței. Nu sunt probleme majore ridicate de arbitrabilitatea, în baza unui compromis, a litigiilor care au ca obiect despăgubiri provocate altui comerciant prin încălcări ale legislației specifice, dar există o gamă largă de litigii care au natură administrativă, și care nu pot fi arbitrabile¹²;

(iii) litigiile în materie de societăți comerciale. Doctrina a considerat arbitrabile, ca regulă generală, litigiile având ca obiect exclusiv raporturile patrimoniale dintre asociați și societate cu privire la care se poate încheia o tranzacție, cum sunt, de exemplu, litigiile privind cesiunea de acțiuni sau de părți sociale. Nu există însă un consens în doctrină cu privire la litigiile având ca obiect acțiunea în nulitatea sau anularea actului constitutiv, pe care în ceea ce ne privește o considerăm susceptibilă de soluționare pe calea arbitrajului în măsura în care asociații au prevăzut în actele constitutive o clauză compromisorie, iar acțiunea în nulitate este introdusă de unul dintre asociați. De asemenea, privitor la acțiunea în regularizarea societății, considerăm posibilă de principiu și soluționarea pe cale arbitrală, deoarece părțile pot încheia o tranzacție asupra obiectului acțiunii. Mai pot fi arbitrabile, în opinia noastră, litigiile având ca obiect opoziția la hotărârea adunării generale de modificare a actelor constitutive, acțiunea în încuviințarea retragerii asociatului, acțiunea în stabilirea drepturilor acționarului retras, acțiunea în răspunderea organelor de administrare și control¹³.

Litigii nearbitrabile din perspectiva părților la convenția arbitrală sunt reglementate de Noul Cod de procedură civilă în art.542 alin.(2) și (3). Ele reglementează o serie de condiții pe care anumite persoane juridice trebuie să le îndeplinească pentru ca acestea să poată încheia convenții arbitrale valabile:

a) Pentru stat și autoritățile publice, posibilitatea de a încheia valabil o convenție arbitrală este recunoscută numai dacă acestea sunt expres autorizate în acest sens prin lege sau prin convenții internaționale la care România este parte; o astfel de convenție este Convenția de la Geneva (1961), care, la art.2 alin.(1), sub denumirea marginală de „Capacitatea persoane-



lor juridice de drept public de a se supune arbitrajului”, dispune că „În cazurile prevăzute de articolul I, paragraful 1 al prezentei Convenții, persoanele juridice calificate, prin legea care le este aplicabilă, drept «persoane juridice de drept public», au facultatea de a încheia în mod valabil convenții de arbitraj.”

b) Pentru persoanele juridice de drept public, care au în obiectul lor de activitate și activități economice (de exemplu, Autoritatea pentru Administrarea Activelor Statului sau Agenția Domeniilor Statului), posibilitatea de a încheia valabil o convenție arbitrală este recunoscută în toate situațiile, cu excepția aceleia în care în legea sau actul lor de înființare sau de organizare se prevede altfel.

În fine, se poate observa că, în Codul de procedură civilă, obiectul arbitrajului nu este definit prin raport la **competența exclusivă a instanțelor judecătorești**. Aceeași era și situația sub imperiul Codului de procedură civilă anterior, dar cu toate acestea, în practică, s-a pus problema nearbitrabilității litigiilor care s-a considerat că sunt de competența exclusivă a instanțelor judecătorești, în ideea că în aceste cazuri dispozițiile legale ar fi imperative. O astfel de cerință este suplimentară față de criteriile expres prevăzute de textul articolului 542, se justifică însă din perspectiva faptului că, asemeni oricărei convenții, și convenția arbitrală trebuie să nu încalce normele imperative ale legii (art. 11 C.civ.). Așadar, litigiile nu vor fi arbitrabile, atunci când un act normativ prevede expres și în mod imperativ competența exclusivă a instanțelor judecătorești.

La o analiză atentă însă, se poate observa că nu în toate situațiile în care este prevăzută competența unei anumite instanțe judecătorești din cadrul sistemului instanțelor statale (de exemplu, secția de contencios administrativ a Curții de Apel sau secția civilă a tribunalului), sensul legii este acela de a stabili competența exclusivă a instanțelor judecătorești și de a înlătura posibilitatea părților de a încheia o convenție arbitrală valabilă, ci de cele mai multe ori sensul legii este acela doar de a stabili care este instanța competentă din cadrul opțiunilor posibile în cadrul sistemului instanțelor judecătorești. Cu alte cuvinte, nu se stabilește o competență generală exclusivă, ci o competență materială sau una teritorială, după caz, ceea ce nu înlătură posibilitatea încheierii unei convenții arbitrale valabile. În acest sens, doctrina a reținut că „Simpla atribuire în competența instanțelor judecătorești a unor litigii patrimoniale nu exclude, în mod automat, posibilitatea soluționării acestora și pe calea arbitrajului (...) Formularea prin care se atribuie în competența instanțelor judecătorești anumite litigii trebuie scrutată cu toată atenția pentru a se vedea dacă are sau nu caracter imperativ. În cazul în care norma atributivă are caracter imperativ, arbitrajul este exclus”¹⁴. Același autor, într-o altă lu-

crare, conchide că litigiile izvorâte din contractele de achiziții publice, de concesiune de lucrări publice și de servicii, precum și din contractele de concesiune de bunuri proprietate publică sunt de competența exclusivă a instanțelor de contencios administrativ și se judecă potrivit legii contenciosului administrativ, însă asemenea litigii pot fi soluționate și prin arbitraj, de la caz la caz, atunci când autoritatea contractantă este abilitată, la nivel de lege sau de convenție internațională, să încheie o convenție arbitrală¹⁵.

II.2. Litigiile arbitrabile în arbitrajul internațional

Noul Cod de procedură civilă român definește ca fiind internaționale acele litigii arbitrale, fie ad-hoc, fie în forma arbitrajului instituționalizat, care îndeplinesc următoarele condiții¹⁶:

a) litigiile arbitrabile în privința cărora locul arbitrajului este în străinătate;

b) litigiile arbitrabile care de desfășoară în România, dacă s-au născut dintr-un raport de drept privat cu element de extraneitate. Elementul de extraneitate este definit din perspectiva dreptului internațional privat fie prin criterii obiective, fie prin criterii subiective. În legătură cu subiecții raportului juridic, doctrina distinge elementele de extraneitate în funcție de felul acestor subiecți. Astfel, pentru persoanele fizice, pot fi elemente de extraneitate cetățenia, reședința obișnuită; pentru persoanele juridice, principalele elemente de extraneitate sunt sediul social, naționalitatea, reședința obișnuită și în anumite cazuri fondul de comerț. În legătură cu obiectul derivat al raportului juridic, respectiv bunul mobil sau imobil, în doctrină se reține că există element de extraneitate, atunci când bunul este situat în străinătate sau, deși se află în țară, este sub incidența unei legi străine, exemplul dat fiind acela al bunurilor unei ambasade¹⁷.

Totuși, prevederile legale din Codul de procedură civilă nu se aplică însă oricărui arbitraj internațional, ci numai acelor care îndeplinesc 3 condiții cumulative:

a) Locul arbitrajului să fie în România.

b) Cel puțin una din părți nu avea, la data încheierii convenției arbitrale, domiciliul sau reședința obișnuită, respectiv sediul în România.

c) Părțile nu au exclus prin convenția arbitrală sau ulterior încheierii acesteia, dar numai prin înscris, aplicarea acestora. Aceasta înseamnă că aplicarea regulilor arbitrajului internațional este supletivă, părțile având posibilitatea să decidă aplicarea regulilor arbitrajului intern chiar pentru litigii internaționale, atâta timp cât voința lor în acest sens este exprimată în scris.

În privința arbitrabilității litigiilor internaționale cu privire la care se va aplica Codul de procedură civilă român (adică cele care îndeplinesc condițiile de mai sus), art. 1111¹⁸ reglementează condițiile



arbitrabilității din perspectiva arbitrabilității obiective și subiective.

Similar reglementării anterioare, din perspectiva **arbitrabilității obiective**, noul Cod de procedură civilă definește arbitrabilitatea pe cale afirmativă, respectiv arătând că sunt arbitrabile cauzele de natură patrimonială care îndeplinesc două condiții:

a) obiectul arbitrajului privește drepturi asupra cărora părțile pot dispune liber. O astfel de limitare a dreptului de dispoziție trebuie să fie expresă. Stabilirea doar a unor condiții specifice sau a unor proceduri de autorizare prealabilă pentru realizarea unei tranzacții nu va înlătura automat arbitrabilitatea (spre exemplu, necesitatea autorizării anumitor tranzacții în aplicarea normelor de dreptul concurenței).

b) legea statului unde se află locul arbitrajului nu prevede competența exclusivă a instanțelor judecătorești pentru litigiile respective. În cazul legislației române, competența exclusivă a instanțelor judecătorești de natură să înlătore arbitrabilitatea obiectivă a litigiilor este, astfel cum am arătat și cu privire la litigiile interne, mai limitată decât ar părea la prima vedere.

Observăm faptul că arbitrabilitatea este definită în mod diferit în cazul litigiilor arbitrale internaționale față de arbitrabilitatea litigiilor interne, prevăzută de art.542, ceea ce este o opțiune legislativă de o utilitate discutabilă¹⁹. Se ridică în acest caz întrebarea dacă litigiile ce privesc relații patrimoniale dar care se încadrează în categoria celor enumerate de art.542 alin. (1) ca nefiind arbitrabile în arbitrajul intern (dezbaterea succesorală și relațiile de familie) nu pot totuși să fie arbitrabile în cazul arbitrajului internațional (de exemplu, partajul succesoral dacă unul din succesori are domiciliul în străinătate sau litigii patrimoniale dintre soți dacă unul din ei domiciliază în străinătate). Considerăm că, față de actuala separare a definițiilor litigiilor arbitrabile între arbitrajul intern și cel internațional, urmează ca orice litigii patrimoniale, indiferent de domeniul relațiilor raporturilor juridice respective, vor fi arbitrabile în cazul arbitrajului internațional, chiar dacă nu sunt arbitrabile în arbitrajul intern, atâta timp cât îndeplinesc cele două condiții cerute de alin.(1). Ar fi însă de preferat o uniformizare a reglementării arbitrabilității, deoarece este dificil de justificat o diferență de regim pentru arbitrajele desfășurate pe teritoriul României care ar crea restricții suplimentare arbitrabilității unor litigii (respectiv celor interne) numai pentru faptul că le lipsește un element de extraneitate.

Arbitrabilitatea subiectivă. Alin.(2) respectă prevederile art.2 alin.(1) din Convenția de la Geneva (1961), recunoscând imposibilitatea statului, întreprinderilor de stat și organizațiilor controlate de stat de a invoca incapacitatea lor sau arbitrabilitatea unui litigiu în considerarea persoanei lor. O astfel de

situație este însă limitată la arbitrajul internațional, deoarece în arbitrajul intern sunt aplicabile prevederile art.542 alin.(2) și (3) care impun totuși cerința autorizării exprese prin lege sau convenții internaționale și pentru persoanele juridice de drept public și recunosc posibilitatea ca actul de înființare sau de organizare a unei persoane juridice de drept public să prevadă o excepție de la facultatea de a încheia convenții arbitrale.

III. Condițiile de validitate ale convenției arbitrale

Convenția arbitrală reprezintă acordul de voință al părților în sensul soluționării pe calea arbitrajului a litigiilor dintre ele. Codul de procedură civilă nu cuprinde o definiție expresă a acestei noțiuni, însă reglementează condițiile de validitate ale convenției arbitrale în mai multe texte legale, în mod diferit în arbitrajul intern față de cel internațional.

III.1. Condițiile de validitate ale convenției arbitrale în arbitrajul intern

Normele din Noul Cod de procedură civilă care reglementează condițiile de validitate ale convenției arbitrale în arbitrajul intern sunt răspândite în mai multe texte: art.542 prevede condițiile de fond ale validității convenției arbitrale prin raport la obiectul litigiului și la părțile acestuia; art.544 alin.(2) prevede condițiile de validitate prin raport la regulile de procedură arbitrală derogatorii de la dreptul comun la care se referă art.541 alin.(2); Titlul II, intitulat „Convenția arbitrală”, din Cartea a IV-a reglementează condițiile de formă ale Convenției arbitrale precum și, la art.550 și 551, unele condiții de fond privind mențiuni obligatorii în conținutul convenției arbitrale.

Din analiza coroborată a tuturor acestor texte, reținem existența a două categorii de **condiții de fond** cu privire la validitatea convenției arbitrale, unele generale, aplicabile atât clauzei compromisorii, cât și compromisului, și unele specifice fiecăreia din aceste forme ale convenției arbitrale.

Condițiile de fond generale sunt: a) convenția arbitrală trebuie să îndeplinească condițiile de validitate ale oricărui act juridic²⁰, cerință firească, deoarece aceasta este o convenție de sine stătătoare (compromisul) sau autonomă față de contractul în care este inserată (clauza compromisorie). În mod special, însă părțile să aibă capacitate deplină de exercițiu, în privința statului fiind aplicabile prevederile art.542²¹; b) litigiul pentru care se încheie convenția arbitrală să fie arbitrabil²²; c) aspectele procedurale convenite de părți prin convenția arbitrală să nu încalce ordinea publică, bunele moravuri, precum și dispozițiile imperative ale legii; d) în cazul arbitrajului ad hoc, să se arate modalitatea de numire a arbitrilor. În cazul arbitrajului instituționalizat, modalitatea de numire a



arbitrilor se poate realiza și printr-o normă de trimitere, fiind suficientă referirea la instituția sau regulile de procedură ale instituției care organizează arbitrajul. Este și soluția reținută anterior de jurisprudență. Astfel, într-o acțiune în anulare în care reclamantul susținea nevaliditatea sau, alternativ, inoperabilitatea clauzei compromisorii din cauza lipsei oricărei mențiuni cu privire la numele arbitrilor sau mecanismul de nominalizare a acestora, instanța a respins acțiunea în anulare motivând că referința la regulile de arbitraj ale unei instituții permanente de arbitraj constituie un indiciu clar că părțile doresc ca disputele lor să fie soluționate sub egida acelei instituții și în temeiul mecanismului de numire al arbitrilor prevăzut în regulile acelei instituții²³.

În ce privește compromisul, acesta trebuie să îndeplinească două condiții de fond speciale: (i) să menționeze obiectul litigiului și (ii) în cazul arbitrajului ad-hoc, să menționeze numele arbitrilor sau modalitatea de desemnare a acestora. În cazul arbitrajului instituționalizat, dacă părțile nu au ales arbitrii și nici nu au stabilit modalitatea de desemnare a acestora, aceasta se va face potrivit regulilor de procedură ale respectivei instituții arbitrale.

În ceea ce privește **condițiile de formă**, acestea se împart în condiții generale, aplicabile tuturor convențiilor arbitrale, și condiții speciale, aplicabile numai unora din convențiile arbitrale.

Condiția de formă generală este ca acordul de voință a părților să fie consemnat în scris, atât în cazul clauzei compromisorii, cât și al compromisului. Aceasta este o cerință *ad validitatem*, sancțiunea fiind nulitatea. În lipsa unei precizări exprese, considerăm însă că nulitatea este relativă, iar nu absolută, deoarece interesul ocrotit este cel al părților, iar nu unul general.

Condițiile de formă speciale sunt reglementate de art. 548 alin.(2) din Noul Cod de procedură civilă²⁴, care prevede cerința formei autentice pentru convențiile arbitrale care se referă la un litigiu legat de transferul dreptului de proprietate și/sau constituirea altui drept real asupra unui bun imobil, convenția trebuie încheiată în formă autentică notarială, sub sancțiunea nulității absolute. Aceasta cerință a suscitat mai multe comentarii negative în doctrină²⁵. Cerința presupune autentificarea convențiilor arbitrale, indiferent de forma în care sunt încheiate, adică autentificarea fie a unui compromis, fie a unei clauze compromisorii incorporate în contractul cu privire la care părțile ar dori ca litigiile izvorând din el să fie soluționate prin arbitraj. În situația clauzelor compromisorii, cum autentificarea nu este posibilă numai cu privire la anumite clauze, părțile vor trebui să autentifice toate contractele în care inserează clauze de arbitraj și care este posibil ca, la un moment dat, să se refere la un bun imobil. Pe de altă parte, la momentul încheierii unui

contract, părțile nu pot cunoaște întotdeauna dacă litigiile izvorâte din acel contract se vor referi sau nu la bunuri imobile. Bunurile sunt imobile nu numai după natura lor, ci și după destinație, astfel că un bun care este mobil la momentul încheierii unui contract poate deveni imobil pe parcursul executării contractului. Spre exemplu, un contract de antrepriză, care privește în același timp și transferul dreptului de proprietate asupra construcției, după edificare, va putea genera litigii cu privire la bunurile mobile aferente executării lucrărilor de construcții, pe durata edificării (materialele de construcție, instalațiile, sunt bunuri mobile), sau litigii cu privire la proprietatea imobilului, dacă este în dispută proprietatea construcției, după edificare (aceleași materiale de construcții sau instalații incorporate în clădirea finalizată sunt părți ale bunului imobil). De aceea, se va impune autentificarea tuturor contractelor de antrepriză care conțin o clauză arbitrală, singura opțiune care să confere certitudine validității clauzei indiferent de obiectul viitorului litigiu. Aceasta ar fi o cerință evident împovărătoare și excesivă, date fiind costurile autentificării. De aceea, în ceea ce ne privește, considerăm că, în cazul litigiilor privind transferul dreptului de proprietate și/sau constituirea de drepturi reale cu privire la bunuri imobile, se va dovedi eficientă pentru părți încheierea convențiilor arbitrale numai în forma compromisului încheiat la momentul la care situația litigioasă este cunoscută de părți, și nu și a clauzelor compromisorii, pentru că la data încheierii compromisului părțile vor cunoaște obiectul litigiului iminent și vor putea autentifica doar compromisul, și nu întreg contractul, ceea ce va limita costurile autentificării la un nivel rezonabil²⁶.

III.2. Condițiile de validitate ale convenției arbitrale în arbitrajul internațional

În privința arbitrajului internațional, norma legală care reglementează condițiile de validitate ale convenției arbitrale este cuprinsă în art. 1112 din Noul Cod de procedură civilă²⁷, care cuprinde prevederi diferite, în parte, de cele aplicabile convenției arbitrale în arbitrajul intern.

Cu referire la **cerințele de formă**, spre deosebire de arbitrajul intern: a) este menționată expres posibilitatea încheierii convenției arbitrale în formă electronică (situație pe care totuși formularea art.548 alin. (1) nu o exclude); b) nu este menționată posibilitatea valabilității unei convenții arbitrale care să rezulte din înțelegerea părților în fața tribunalului arbitral (care există în arbitrajul intern potrivit art.549 alin.(2)); c) nu mai există o cerință expresă în sensul formei autentice în cazul în care convenția arbitrală se referă la un litigiu legat de transferul dreptului de proprietate și/sau constituirea altui drept real asupra unui bun imobil (cerință prevăzută pentru arbitrajul intern la art.548 alin.(2)).

Așa fiind, prevederile legii române cu privire la



forma convenției arbitrale sunt mai avantajoase decât cele cuprinse în art. II din Convenția de la New York (1958), și prin urmare vor avea prioritate în temeiul art. VII alin. (1) din această convenție.

În ceea ce privește **cerințele de fond**, abordarea legiuitorului român este foarte permisivă pentru arbitrajul internațional, în sensul că acceptă ca valabilă o convenție arbitrală care îndeplinește cerințele de fond ale oricăreia din următoarele legi: a) legea stabilită de părți; este avută în vedere legea stabilită de părți pentru convenția arbitrală, care este posibil în anumite situații să nu fie aceeași cu legea aplicabilă obiectului litigiului; b) legea care guvernează obiectul litigiului; aceasta poate fi, la rândul ei, stabilită de către părți sau determinată prin aplicarea normelor de drept internațional privat; ea poate fi legea contractului ce conține clauza compromisorie, dar poate fi și situația unui litigiu cu privire la o răspundere delictuală, cu privire la care părțile au încheiat un compromis; c) legea aplicabilă contractului ce conține clauza compromisorie; d) legea română. Practic, validitatea clauzei arbitrale este salvagardată chiar dacă este într-o situație ce încalcă condițiile de validitate ale legii aplicabile acestor condiții potrivit convenției părților, dacă vreuna din celelalte legi menționate nu sancționează situația respectivă.

Soluția este diferită de cea care rezultă din art. V alin. (1) din Convenția de la New York (1958) și din art. VI alin. (2) din Convenția de la Geneva (1961), ambele ratificate de România, potrivit cărora legea aplicabilă validității convenției arbitrale este cea convenită de părți. Dacă părțile nu au determinat legea aplicabilă convenției de arbitraj, aceasta va fi guvernată de legea țării în care urmează să fie pronunțată sentința arbitrală. Pentru eventualitatea în care nu este posibil să se prevadă care este țara în care se va da sentința, se va aplica legea competentă în virtutea normelor conflictuale ale tribunalului sesizat. Fiecare din aceste opțiuni conduc spre aprecierea validității convenției arbitrale din perspectiva unei singure legi. Soluția Codului de procedură civilă român pentru litigiile arbitrale internaționale, care intră în domeniul de aplicare al capitolului privind aceste litigii, indică de fapt spre cea mai permisivă dintre cele 4 legi enumerate, chiar dacă doar una din ele ar fi cea aplicabilă.

Note:

¹ Parte din conținutul acestui articol se va regăsi și în cadrul cărții *Comentarii ale Codului de procedură civilă* (editor Minodora Condoiu), în curs de publicare la Editura C.H. Beck din București.

² Articolul 542, intitulat „Obiectul arbitrajului” din Noul Cod de procedură civilă dispune:

„(1) Persoanele care au capacitate deplină de exerci-

țiu pot conveni să soluționeze pe calea arbitrajului litigiile dintre ele, în afară de acelea care privesc starea civilă, capacitatea persoanelor, dezbateră succesoră, relațiile de familie, precum și drepturile asupra cărora părțile nu pot să dispună.

(2) Statul și autoritățile publice au facultatea de a încheia convenții arbitrale numai dacă sunt autorizate prin lege sau prin convenții internaționale la care România este parte.

(3) Persoanele juridice de drept public care au în obiectul lor de activitate și activități economice au facultatea de a încheia convenții arbitrale, în afară de cazul în care legea ori actul lor de înființare sau de organizare prevede altfel.”

³ În sensul interdicției unui compromis care ar privi trimiterea unei insolvențe pentru a fi soluționată prin arbitraj a se vedea: Piperea G. et al., *Noul cod de procedură civilă – Note. Corelații. Explicații*, 2012, p. 1058.

⁴ În același sens, a se vedea: Briciu T., *Unele aspecte privind arbitrabilitatea litigiilor interne în lumina noului Cod de procedură civilă // Pandectele Române*, 2013, nr. 8, p. 30.

⁵ *Ibidem*, p. 31.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Deleanu I., *Noul Cod de procedură civilă. Comentarii pe articole*, vol. I., Universul juridic, București, 2013, p. 738.

⁸ Cu privire la includerea litigiilor de muncă, atât a celor colective, cât și a celor individuale, în categoria litigiilor nearbitrabile conform dreptului român, a se vedea: Băcanu I., *Litigii arbitrabile // Dreptul*, 2000, nr. 2, p. 37. Tot în acest sens, a se vedea și Căpățână O., Cozmanciuc M., *Aspecte noi referitoare la competența arbitrajului comercial // Revista de drept comercial*, 1997, nr. 2, p. 5-6; Dănăilă G., *Procedura arbitrală în litigiile comerciale interne*, Universul juridic, București, p. 110-112 și Rațiu A., Năstase G., *Intervenția instanței de judecată în procedura arbitrală // Revista română de arbitraj*, 2013, nr. 1, p. 39-49.

⁹ Deleanu I., *op.cit.*, p. 738. Totuși, chiar dacă cu destulă ezitare, autorul citat indică o eventuală posibilitate de inserare a unor convenții arbitrale în tranzacțiile pe care le încheie în numele societății în insolvență administratorul judiciar, cu confirmarea judecătorului sindic.

¹⁰ A se vedea: Dănăilă G., *op. cit.*, p. 112-116, Băcanu I., *Litigii arbitrabile // Dreptul*, 2000, nr. 2, p. 38-43.

¹¹ A se vedea Florea S., *Considerații privind arbitrabilitatea litigiilor în materia dreptului proprietății intelectuale // Revista română de arbitraj*, 2012, nr. 4, p. 49-62.

¹² A se vedea și Deleanu I., *op.cit.*, p. 738.

¹³ Pentru argumente detaliate și nuanțări, a se vedea: Leaua C., *Societăți comerciale. Proceduri speciale*, ed. 2, C. H. Beck, București, 2009, p. 14 și urm... 133-134, 143, 229-230, 249, 260, 269, 318.

¹⁴ Băcanu I., *Litigii arbitrabile // Dreptul*, 2000, nr. 2, p. 21-43.

¹⁵ Băcanu I., *Soluționarea prin arbitraj a litigiilor izvorâte din contracte de achiziții publice, de concesiune de lucrări publice și de servicii, precum și din contractele de concesiune de bunuri proprietate publică // Revista de drept comercial*, 20007, nr. 7-8, p. 167.



¹⁶ Articolul 1110 din Noul Cod de procedură civilă, intitulat „Calificare și domeniu de aplicare” dispune:

„(1) În sensul prezentului titlu, un litigiu arbitral care se desfășoară în România este socotit internațional, dacă s-a născut dintr-un raport de drept privat cu element de extraneitate.

(2) Dispozițiile prezentului capitol se aplică oricărui arbitraj internațional, dacă sediul instanței arbitrale se află în România și cel puțin una dintre părți nu avea la data încheierii convenției arbitrale domiciliul sau reședința obișnuită, respectiv sediul în România, dacă părțile nu au exclus prin convenția arbitrală sau ulterior încheierii acesteia, dar numai prin înscris, aplicarea acestora.

(3) Sediul instanței arbitrale se stabilește de părțile în cauză sau de instituția de arbitraj desemnată de acestea, iar în lipsă, de către arbitri.”

¹⁷ A se vedea: Sitaru D.A., *Drept internațional privat*, C. H. Beck, București, 2013, p. 1-2.

¹⁸ Articolul 1111 din Codul de procedură civilă, intitulat „Arbitrabilitatea litigiului”

„(1) Orice cauză de natură patrimonială poate face obiectul arbitrajului dacă ea privește drepturi asupra cărora părțile pot dispune liber, iar legea statului de sediu al instanței arbitrale nu rezervă competența exclusivă instanțelor judecătorești.

(2) Dacă una dintre părțile convenției arbitrale este un stat, o întreprindere de stat sau o organizație controlată de stat, această parte nu poate invoca propriul său drept pentru a contesta arbitrabilitatea unui litigiu sau capacitatea sa de a fi parte în procesul arbitral.”

¹⁹ Acest fapt a fost remarcat și de alți autori, care consideră că ar fi fost de preferat o simplă trimitere la legea statului unde este locul arbitrajului – a se vedea: Deleanu I., Mitea I., Deleanu S., *Noul Cod de procedură civilă. Comentarii pe articole*, Universul juridic, București, 2013, p. 580.

²⁰ A se vedea pentru o analiză coroborată a condițiilor generale de validitate a actului juridic civil cu cerințele specifice convenției arbitrale: Dănăilă G., *op. cit.*, p. 57-82.

²¹ A se vedea capitolul II anterior.

²² *Ibidem*.

²³ *Curtea de Apel București*, Decizia nr. 1521 din 9 noiembrie 2009, în *Jurindex*.

²⁴ Art.548 intitulat „Forma scrisă” din Codul de procedură civilă dispune:

„(1) Convenția arbitrală se încheie în scris, sub sancțiunea nulității. Condiția formei scrise se consideră înde-

plinită atunci când recurgerea la arbitraj a fost convenită prin schimb de corespondență, indiferent de forma acesteia, sau schimb de acte procedurale.

(2) În cazul în care convenția arbitrală se referă la un litigiu legat de transferul dreptului de proprietate și/sau constituirea altui drept real asupra unui bun imobil, convenția trebuie încheiat în formă autentică notarială, sub sancțiunea nulității absolute.”

²⁵ Pentru un punct de vedere critic mai elaborat asupra acestui text legal a se vedea: Severin A., *Considerații asupra reglementării arbitrajului în Noul Cod de procedură civilă – cu specială privire la arbitrajul instituționalizat* // *Dreptul*, 2011, nr.1, p.72), iar pentru un punct de vedere care nu consideră modificarea legislativă ca fiind o exagerare a se vedea: Leș I., *Noul Cod de procedură civilă. Comentarii pe articole*. Art.1-1133, C.H.Beck, București, 2013, p.811. Acest din urmă autor apreciază modificarea ca fiind o reflectare a tendinței de extindere a arbitrajului comercial în domeniul litigiilor civile. Deși o astfel de tendință este reală, în ceea ce ne privește nu considerăm că textul analizat este de natură a o încuraja, pentru că mărește costurile și crește formalismul procedurii arbitrale, care ar trebui să fie mai atractivă față de instanțele judecătorești tocmai printr-o mai mare flexibilitate.

²⁶ În sens contrar, respectiv pentru ideea că este recomandabilă includerea clauzei arbitrale în contractul încheiat între părți în formă autentică, a se vedea Stoica C.I., *Noile reglementări privind arbitrajul în România* // *Revista română de arbitraj*, 2011, nr.3, p.6.

²⁷ Art. 1112 intitulat „Convenția arbitrală” din Noul Cod de procedură civilă dispune:

„(1) Convenția arbitrală se încheie valabil în formă scrisă, prin înscris, telegramă, telex, telecopiator, poștă electronică sau orice alt mijloc de comunicare permițând a-i stabili proba printr-un text.

(2) Cu privire la cerințele de fond, convenția arbitrală este valabilă dacă îndeplinește condițiile impuse de una dintre legile următoare:

a) legea stabilită de părți;

b) legea care guvernează obiectul litigiului;

c) legea aplicabilă contractului ce conține clauza compromisorie;

d) legea română.

(3) Validitatea convenției arbitrale nu poate fi contestată pe motivul nevalabilității contractului principal sau pentru că ar viza un litigiu care nu există încă”.



BRIEFING ON ARBITRATION

International conference on arbitration organised by the Chamber of Commerce and Industry of Moldova on 16 May

Wicher SLAGTER,

Head of Political and Economic Section

The Delegation of the European Union to the Republic of Moldova

- A secure legal environment is a key for the promotion of international trade and investment. **When commercial dispute between parties arise, there are various ways to resolve it: parties can go to state courts or choose the arbitration to resolve the dispute.** Arbitration and choice of court agreements play an important role in international commercial transactions because they make the outcome of an eventual litigation more predictable for the parties. This reduces legal contingency costs for companies.

- With regard to the commercial disputes (thus not investment disputes between a State and an investor), the EU law only deals with litigation in state courts. Thus, the EU law establish rules on jurisdiction of courts and recognition and enforcement of judgments. These rules are provided in **Regulation 44/2001 (EC)** on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I Regulation).

- **Arbitration is currently not covered by the scope of the Brussels I Regulation** (see Article 1). The situation essentially remains unchanged in the recast Brussels I Regulation (Regulation No. 1215/2012) which enters into application in January 2015.

- The *rationale* behind the exclusion is that the recognition and enforcement of arbitral agreements and awards is governed by **the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards**. The Convention requires the courts of the Contracting States to give effect to a private agreement to arbitrate and to recognize and enforce an arbitral award made in another Contracting State. All EU Member States are party to this Convention and it is also widely ratified throughout the rest of the world.

- Despite the broad scope of the exception, **because of the interfaces between the arbitration and court proceedings, questions often arise whether the Brussels I Regulation is applicable in a particular case.** The European Court of Justice

- Un mediu juridic sigur este cheia pentru promovarea comerțului și investițiilor internaționale. **Atunci când apar dispute comerciale între părți, există diferite modalități de a le rezolva: părțile pot merge la instanțele de stat sau alege arbitrajul pentru a rezolva litigiul.** Acordurile de arbitraj și alegerea instanței joacă un rol important în tranzacțiile comerciale internaționale, deoarece acestea fac rezultatul unui eventual litigiu mai previzibil pentru părți. Acest lucru reduce costurile de urgență juridice pentru companii.

- În ceea ce privește litigiile comerciale (care nu sunt litigii investiționale între un stat și un investitor), legislația UE se ocupă numai cu soluționarea litigiilor în instanțele de stat. Astfel, legislația UE stabilește norme privind competența instanțelor și recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești. Aceste reguli sunt prevăzute în **Regulamentul 44/2001 (CE)** privind competența judiciară și recunoașterea, și executarea hotărârilor judecătorești în materie civilă și comercială (Regulamentul Bruxelles I).

- **Arbitrajul nu este în prezent acoperit de domeniul de aplicare al Regulamentului Bruxelles I** (a se vedea art. 1). Situația rămâne, în esență, neschimbată în reformarea Regulamentului Bruxelles I (Regulamentul nr. 1215/2012), care intră în vigoare în ianuarie 2015.

- *Motivul* din spatele excluderii este faptul că recunoașterea și executarea acordurilor și hotărârilor de arbitraj este reglementat de **Convenția de la New York din 1958 cu privire la recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine**. Convenția cere instanțelor statelor contractante să pună în aplicare acordul privat privind arbitrajul și să recunoască și să execute o sentință arbitrală dată într-un alt stat contractant. Toate statele membre UE sunt părți la această convenție și ea este, de asemenea, pe scară largă ratificată în tot restul lumii.

- În ciuda domeniului larg de excepție, **din cauza interacțiunii dintre arbitraj și procedurile judiciare, apar de multe ori întrebări dacă Regulamentul Bruxelles I se aplică într-un caz particular.** Curtea Europeană de Justiție a avut ocazie să se pronunțe în



had an occasion in several cases to rule on **the scope of the exclusion of arbitration** from the Brussels I Regulation.

- For instance, in **March Rich case (Case C-190/89)**, the ECJ was asked whether exclusion of arbitration also extends to proceedings pending before a national court concerning the appointment of an arbitrator. The ECJ ruled that such proceedings where the appointment of the arbitrator is the main issue are excluded from the Regulation, even if the parties raise the validity of an arbitration agreement as a preliminary issue.

- In the **West Tankers case (Case C-185/07)** the scope of the exclusion of arbitration was also at issue. The parties to a commercial contract had agreed to arbitration in London; nevertheless an action for damages was introduced in the Italian courts (where the damage had occurred), based on the argument that the arbitration agreement was invalid. The question arose whether the Italian proceedings were covered by the scope of the Brussels I Regulation. The Court of Justice held that if a party to an arbitration agreement introduced court proceedings *on the merits* in which the invalidity of the arbitration clause was raised as a preliminary question, such proceedings fall within the scope of Regulation Brussels I. This means that the subsequent judgment circulates freely within the EU under the Regulation. There has been uncertainty on the effect of this ruling on arbitral proceedings and on the recognition and enforcement of the arbitral award. The question was to what extent a judgment given by an EU court could prevent arbitral proceedings on the same matter in another court or lead to irreconcilable outcomes of the dispute (one outcome in the judgment given in state court proceedings, the other one in the arbitral award). This situation may create an incentive for a party wishing to escape from an arbitration agreement to claim (possibly in bad faith) that the agreement is invalid and to bring proceedings on the merits in a Member State where it is likely to obtain a favourable decision. The *West Tankers* decision thus revealed a risk for abusive litigation tactics under the Regulation.

- Therefore, in order to improve the coordination between court proceedings and an arbitration proceedings as well as to strengthen the effectiveness of arbitration agreements, the Commission, in the proposal of 2010 for the **Brussels I Regulation (recast)** (COM(2010) 748 final), proposed a specific rule on the relation between arbi-

mai multe situații cu privire la **domeiul de aplicare a excluderii arbitrajului** din Regulamentul Bruxelles I.

- De exemplu, în cazul **March Rich (cauza C-190/89)**, CEJ a fost întrebat dacă excluderea arbitrajului se extinde, de asemenea, la procedura pendinte în fața unei instanțe naționale, legată de numirea unui arbitru. CEJ a decis că o astfel de procedură, în cazul în care numirea arbitrului este principala chestiune, este exclusă din Regulament, chiar dacă părțile ridică obiecții privind validitatea acordului de arbitraj ca o chestiune preliminară.

- În cazul **West Tankers (cauza C-185/07)**, domeniul de aplicare al excluderii arbitrajului a fost, de asemenea, pus în discuție. Părțile la un contract comercial au fost de acord să supună litigiul arbitrajului din Londra; cu toate că acțiunea pentru despăgubiri a fost introdusă în fața instanțelor italiene (în cazul în care a avut loc un prejudiciu), bazându-se pe argumentul că acordul de arbitraj este nul. A apărut întrebarea dacă procedurile italiene sunt acoperite de domeniul de aplicare al Regulamentului Bruxelles I. Curtea de Justiție a afirmat că în cazul în care o parte a acordului de arbitraj a introdus acțiune în justiție *pe fond*, în care au fost ridicate obiecții privind nulitatea clauzei de arbitraj ca o întrebare preliminară, o astfel de procedură intră în sfera de aplicare a Regulamentului Bruxelles I. Acest lucru înseamnă că hotărârea ulterioară va circula liber în interiorul UE în temeiul Regulamentului. A existat incertitudine cu privire la efectul acestei hotărâri asupra procedurilor de arbitraj și cu privire la recunoașterea și executarea hotărârii arbitrale. Întrebarea era în ce măsură o hotărâre pronunțată de o instanță UE ar putea împiedica o procedură de arbitraj în aceeași chestiune într-o altă instanță sau să conducă la rezultate incompatibile ale litigiului (un rezultat în hotărârea pronunțată în cadrul procedurilor judiciare de stat, iar altul în hotărârea arbitrală). Această situație ar putea crea un stimulent pentru o parte care dorește să scape de un acord de arbitraj, pretinzând (eventual cu rea-credință) că acordul este invalid și de a introduce o acțiune pe fond într-un stat membru în care este probabil să se obțină o decizie favorabilă. Decizia pe cazul *West Tankers* a arătat, astfel, un risc de tactici abuzive în temeiul Regulamentului.

- Prin urmare, în scopul de a îmbunătăți coordonarea între procedurile judiciare și cele de arbitraj, precum și pentru a consolida eficiența acordurilor de arbitraj, Comisia, în propunerea din 2010 pentru **Regulamentul Bruxelles I (reformare)** (COM (2010) 748 final), a propus o normă specifică



tration and court proceedings. This rule aimed at avoiding parallel proceedings before State courts and arbitral tribunals. More particularly, it obliged a court seised of a dispute to stay proceedings if its jurisdiction is contested on the basis of an arbitration agreement and if an arbitral tribunal has been seised of the same case. As a result of the proposed changes, the risk for parallel proceedings, abusive litigation tactics and irreconcilable decisions would have been removed in Europe.

- However, both co-legislators – the Council and the EP – did not support this proposal. **The compromise as reflected in the adopted Regulation was to further clarify the scope of the exclusion of the arbitration in the recitals of the Regulation (recital 12)**, taking into account the ECJ case law. The Regulation thus clarifies that that a court ruling on the validity of an arbitration agreement is not recognised and enforced in accordance with the Regulation, without prejudice, however, to the recognition and enforcement of the judgment on the merits of the case by the court which determined that the arbitration agreement is invalid. While the Commission proposal was more ambitious because it would have prevented parallel proceedings, the clarification in the recital remains a welcome development in the area of arbitration.

privind relația dintre arbitraj și procedurile judiciare. Această regulă vizează evitarea procedurilor paralele în fața instanțelor de stat și tribunalelor arbitrale. Mai precis, a obligat o instanță sesizată cu un litigiu să suspende procedura în cazul în care competența sa este contestată în temeiul unei convenții de arbitraj și în cazul în care un tribunal arbitral a fost sesizat cu aceeași cauză. Ca urmare a modificărilor propuse, riscul de proceduri paralele, tactici abuzive și decizii ireconciliabile vor fi eliminate din Europa.

- În orice caz, ambii colegislatori – Consiliul și Parlamentul European – nu susțin această propunere. **Compromisul cum se reflectă în Regulamentul adoptat a fost de a clarifica și mai mult domeniul de aplicare al excluderii arbitrajului în considerentele Regulamentului (considerentul 12)**, ținând cont de jurisprudența Curții Europene de Justiție. Regulamentul precizează astfel că o decizie a instanței privind validitatea unui acord de arbitraj nu este recunoscută și executată în conformitate cu Regulamentul, fără a aduce atingere totuși recunoașterii și executării hotărârii pe fond a cauzei de către instanța de judecată care a stabilit că acordul de arbitraj este nul. În timp ce propunerea Comisiei a fost mai ambițioasă, pentru că ar fi împiedicat proceduri paralele, clarificarea în considerent rămâne o dezvoltare bine-venită în sfera arbitrajului.



ÎNCĂLCAREA PRINCIPIILOR FUNDAMENTALE ALE LEGISLAȚIEI REPUBLICII MOLDOVA SAU A BUNELOR MORAVURI – TEMEI DE DESFIINȚARE A HOTĂRĂRII ARBITRALE

*Andrei SMOCHINĂ,
doctor habilitat, profesor universitar*

Obiectul acestui studiu îl constituie analiza temeiurilor pentru desființarea hotărârii arbitrale din punctul de vedere al încălcării principiilor fundamentale ale legislației Republicii Moldova sau a bunelor moravuri. Acest studiu este de natură să determine o claritate *asupra procedurii de control în pricinile de contestare a hotărârilor arbitrale*. Din aceste considerente, putem susține că dezbaterile care au loc astăzi, la diferite niveluri, fiind axate pe formularea unor propuneri pentru adaptarea doctrinei nuliității clasice a contractului ca sancțiune a unor reguli de formare a contractului la noile exigențe ale timpului referitor la instituția bunelor moravuri este actuală.

Scopul acestei comunicări rezidă în analiza teoretico-științifică a categoriilor științifice de bunele moravuri și de principii fundamentale ale legislației Republicii Moldova, valorificând, în acest sens, cadrul legal și abordările doctrinare în domeniu.

Așadar, prezenta comunicare își propune să abordeze această problemă în discuție prin prezentarea legislației și a experienței instanțelor de judecată care au drept obiectiv identificarea contiguităților-cheie ale procedurii în pricinile de contestare a hotărârilor arbitrale.

În scopul aplicării corecte de către instanțele de judecată a normelor procesuale, ce reglementează procedura în pricinile de contestare a hotărârilor arbitrale, având drept temei încălcarea conținutului bunelor moravuri și a *principiilor fundamentale ale sistemului de drept* al Republicii Moldova, inițiem acest studiu general, formulând următoarele explicații și precizări teoretice:

– Procedura de desființare a hotărârilor arbitrale de către instanțele de judecată pe teritoriul Republicii Moldova este reglementată de Codul de procedură civilă al Republicii Moldova și de Legea Arbitrajului.

– De reținut că aplicarea principiilor în practica de specialitate generează multiple neclarități și contradicții. În plus, încălcarea principiilor fundamentale ale legislației Republicii Moldova este un fenomen inevitabil, aceste principii fiind expuse încălcării de către toate categoriile de subiecți implicați în proce-

sul de înțelegere, interpretare și aplicare a lor. Pentru excluderea lacunelor existente, în acest sens, doctrina, până în prezent, a reușit să elucideze unele aspecte ce vizează principiile fundamentale ale legislației și de interpretare și aplicare corectă a lor. Problema însă, cu toate acestea, rămâne nesoluționată, deoarece nu avem decât anumite abordări sporadice care ar viza doar unele aspecte separate ce țin de principiile fundamentale.

Lucrările cu tentă filosofico-juridică sunt multe la număr, majoritatea abordând și problema aplicării în practică a principiilor fundamentale, dar și a legităților care stau la baza realizării acestei instituții a dreptului.

Pentru a fi valabil, un act juridic civil nu trebuie să fie contrar principiilor fundamentale ale legislației Republicii Moldova. În plan doctrinar, principiile conferă conținut concret categoriilor juridice, asigurându-le funcționalitatea. Între principiile fundamentale de drept și normele juridice delimitarea se operează potrivit raportului care există între întreg și parte, normele juridice raportându-se în permanență la principii:

– Normele juridice pozitive conțin și descriu o mare parte din principiile dreptului.

– Principiile dreptului își asigură funcționalitatea prin respectarea conduitei prescrise prin normele juridice.

– Normele juridice posedă o valoare explicativă mult mai limitată față de valoarea explicativă a principiilor.

– Principiile dreptului se disociază și de axiome, maxime sau aforisme juridice, care sunt mici sinteze cu un grad de cuprindere incomparabil mai mic decât al principiilor fundamentale¹.

Așa-zisa prevalare a principiilor dreptului asupra normelor juridice nu este una formală, ci una de esență și conținut. Avem în vedere faptul că tocmai principiile sunt jaloanele care orientează activitatea de legiferare, deci sunt în primul rând preexistente, chiar dacă nereglementate încă, și sunt determinate în conferirea normelor juridice a unui caracter anume



democratic sau de altă natură. Aceasta este și concluzia savantului Mircea Djuvara, care observă că nu pot exista principii de drept imuabile care să valoreze pentru orice tip și orice loc².

În conformitate cu art.480 alin.(2) lit.h) CPC RM, unul din temeiurile pentru desființarea hotărârii arbitrale este atunci când hotărârea arbitrală încalcă principiile fundamentale ale legislației Republicii Moldova sau bunele moravuri.

În realitate, nu este vorba nici de o condiție nouă care s-ar adăuga la aceleași care tocmai au fost studiate; conformitatea unui act juridic civil cu bunele moravuri și absența încălcării principiilor fundamentale ale legislației Republicii Moldova sunt asigurate de examinarea conformității obiectului sau cauzei sale cu bunele moravuri.

Bunele moravuri rezultă din dreptul concurenței, în special din cel comunitar și al consumului, luând în considerație cel mai des efectul contractului, rezultatul său scontat, în detrimentul conținutului abstract al schimbului de consimțăminte. În această privință, nulitatea clasică – sancțiune a unor reguli de formare – nu este adaptată la această instituție.

Evident că tentativa de a elucida premisele studiului teoretic al problemei în cauză va completa, dezvolta și concretiza într-o manieră contemporană unele compartimente din Teoria generală atât a dreptului, cât și a dreptului privat.

Bunele moravuri nu sunt moravurile practicate în fapt la un moment determinat într-o societate dată. Ele dețin un caracter normativ: sunt moravurile (oamenilor onești), acelea a căror încălcare aduce atingere majoră valorilor și instituțiilor esențiale ale corpului social; o societate sau un individ fără morală nu posedă structură și sunt condamnați la delictivitate³.

Societatea permisivă contemporană determină gradual dispariția acestei norme, considerând că este legitimă dirijarea juridică a moravurilor individuale și astfel orice atingere adusă libertății vieții private.

Autorul D.Fenouillet a arătat recent că vechii noțiuni de „bune moravuri”, devenită caducă, i s-ar substitui aceea de „demnitate a ființei umane”, una dintre valorile fundamentale ale timpului nostru, asemenea drepturilor omului: libertatea moravurilor și a vieții private trebuie să respecte demnitatea celui alt.

Suntem de acord cu doctrinarii occidentali că formularea unei definiții a bunelor moravuri este un demers destul de dificil. În orice caz, un lucru este sigur, susține prof. Liviu Pop, determinarea și circumscrierea bunelor moravuri este aproape în exclusivitate o operațiune juridiciară⁴.

În acest demers, două orientări sau tendințe sunt de reținut:

– o tendință religioasă, în care cercetarea originii și definirea bunelor moravuri se face prin raportare la etica transcedentală care rezultă în țara noastră din morala creștină;

– o tendință empirică, sociologică, în care cercetarea originii și definirea bunelor moravuri se face prin raportare la ceea ce face și respectă cu necesitate majoritatea populației.

Analiza realităților actuale în acest domeniu face posibilă constatarea că, în practică, noțiunea bunelor moravuri s-a născut dintr-un compromis între cele două orientări sau concepții. Pentru a percepe mai bine noțiunea în discuție, este necesar să arătăm în prealabil că morala are două fațete: morala ca virtute – care are ca scop întemeierea omului în ființa sa, și morala socială sau civică – prin care se urmărește socializarea omului.

Morala ca virtute, fiind pur interioară, constând în sentimente, intenții și tendințe neexteriorizate și neobiectivate în conduite concrete, nu prezintă nicio relevanță din punctul de vedere al dreptului; ea are un singur scop: perfecționarea individuală a persoanei.

Morala socială însă constă în atitudini sau conduite ale omului în care se exteriorizează morala interioară, privită ca virtute; omul care își păstrează morala ca virtute în forul său interior nu urmărește nimic în relațiile sale cu ceilalți membri ai corpului social din care face parte. De aceea, omul socializat trebuie să se comporte față de ceilalți ca față de sine însuși.

Prin urmare, morala socială se aseamănă cu dreptul în măsura în care ambele își propun încadrarea individului într-o anumită ordine socială prin conduite care sunt obiectivări ale virtuților interioare⁵.

Și nu sunt deloc întâmplătoare afirmațiile pe care le articulează prof. Liviu Pop sau ale altor autori ce au studiat instituția bunelor moravuri.

Cercetătorii, așa cum vom sesiza în prezenta comunicare, au amintit despre bunele moravuri din cele mai vechi timpuri. Totuși evoluția societății a determinat că la momentul actual morala socială să fie transpusă în realitate și să beneficieze deja de o protecție clară la nivelul conștientului și al subconștientului fiecărui individ.

Morala socială, indiscutabil, poate fi contemplată biplan: morala publică și morala personală. Omenirea, firește, a recunoscut-o drept cea mai importantă condiție, alcătuită din totalitatea preceptelor morale acceptate de către o colectivitate umană, ca reguli de conviețuire și comportament. Din aceste consideren-



te, e dificil a-l contrazice pe Liviu Pop care a concluzionat că încălcarea acestor reguli este sancționată, iar sancțiunile pe care le suferă cei care le încalcă sunt, de regulă, tot morale și constau în oprobiul public⁶.

Morala publică se deosebește de morala personală, care constă în convingerile morale ale fiecărui individ și comportarea sa în conformitate cu aceste convingeri; valoarea morală a unui om se apreciază după comportamentul său; sancțiunile (sau mai corect consecințele pe care le suportă cel care și-a încălcat propria morală) constau în suferințele sale sufletești, adică în mustrările de conștiință, dacă bineînțeles are o conștiință trează; raportată la morala personală.

Un individ poate fi moral, amoral sau imoral; aceasta este explicația fenomenului sociologic constatat în sensul că unii indivizi amoral sau imoral respectă adesea regulile moralei publice doar de teama oprobiului public.

În sociologie, ca și în alte științe, se face distincție netă între moravuri și morala publică. Prin „moravuri” se înțeleg deprinderile naturale sau dobândite prin tradiție și educație de persoane și colectivități, referitoare la practicarea binelui sau răului, de unde și parvin denumirile de *moravuri bune*, care exprimă decență în comportare, și *moravuri rele*, care exprimă comportări dezaprobrate de societate.

În terminologia juridică română, noțiunea de „bune moravuri” include o vreme îndelungată atât regulile privind moravurile propriu-zise, cât și regulile privind morala publică; ulterior, în deceniul al șaselea al secolului trecut, în dorința de a identifica o noțiune cu caracter și în vederea substituirii denumirii de „bunele moravuri” considerată ca fiind anacronică în climatul social-politic din acea vreme, s-a introdus în legislație sintagma „regulile de conviețuire socială”, care s-a impus în terminologia juridică, în jurisprudență precum și în doctrină⁷.

În urma profundelor transformări structurale care au avut loc în societatea românească în ultimul deceniu al secolului trecut, doctrina juridică acordă o importanță distinctă subiectului ce se referă la bunele moravuri. Revenind la situația doctrinară a instituției bunelor moravuri, menționăm că tratatul cel mai complex pe care-l regăsim în spațiul românesc dedicat studiului în cauză, sub aspecte doctrinale, metodologice și practice, este cel al exegetului Liviu Pop, care realizează acest studiu într-o manieră nouă.

Astfel Liviu Pop consideră că „bunele moravuri” pot fi definite ca fiind totalitatea regulilor de bună conduită în societate, reguli care s-au conturat în conștiința majorității membrilor societății și a căror respectare s-a impus ca obligatorie, printr-o experiență

și practică îndelungată, în vederea asigurării ordinii sociale și binelui comun, adică a realizării intereselor generale ale unei societăți date.

Din lucrarea menționată, se desprind diverse accente în studul respectiv. Astfel, rezultă concluzia că noțiunea pusă în discuție nu este imuabilă. Ea se modifică și evoluează împreună cu reprezentările fiecărei societăți.

În continuare prof. Liviu Pop opinează că determinarea sau stabilirea conținutului bunelor moravuri este aproape în exclusivitate o operație judiciară care cade în competența judecătorilor fondului cauzei, chemați, *in concreto*, de la caz la caz, să aprecieze dacă o anumită conduită, în cazul nostru hotărârea arbitrală, este sau nu conformă cu bunele moravuri.

Așa, după cum afirmă prof. Liviu Pop, în lumea în care trăim astăzi, o societate deosebit de permisivă, este de reținut faptul că bunele moravuri, *de lege ferenda*, trebuie să fie definite astfel încât să posede un conținut suficient de comprehensiv, pentru a putea căpăta substanță, în acord cu necesitățile societății moderne și constantele moralei publice. Izvoarele normative ale dreptului nostru reprezintă mijloacele contemporane de propagare a imaginii actuale a bunelor moravuri.

În concluzie, remarcăm și faptul că lipsa unui punct de vedere unic, sau a unanimității vizavi de această problemă, nu reprezintă altceva decât o premisă a existenței abordărilor conceptuale diferite sau chiar contradictorii uneori, abordări ce se referă la bunele moravuri în general sau aplicabilă anumitor situații concrete, fapt care complică înțelegerea locului bunelor moravuri în construcția normativă de drept și a încălcării principiilor fundamentale ale legislației Republicii Moldova sau a bunelor moravuri.

Respectarea bunelor moravuri, ca și respectarea principiilor fundamentale ale legislației Republicii Moldova, se regăsesc în toate ramurile de drept, cu unele mici diferențe între ele. Acest lucru vine în sprijinul stării actuale a doctrinei în acest sens. Astfel, de fiecare dată când este abordată problema bunelor moravuri, ea se studiază predilect în contextul respectării drepturilor omului, adică din prisma primatului persoanei umane și a demnității sale.

Interdependența tacită se referă, mai întâi de toate, la planul faptic, în primul rând este vorba de cazurile de desființare a hotărârilor arbitrale în Republica Moldova la tema studiată.

De exemplu, există o jurisprudență autohtonă – moldovenească, prin care în conformitate cu art. 480 alin.(2) lit. h) CPC RM, unul din temeiurile pentru desființarea hotărârii arbitrale este când hotărârea



arbitrală încalcă principiile fundamentale ale legislației Republicii Moldova sau bunele moravuri.

În luna februarie 2011, Curtea de Apel Economică a Republicii Moldova, examinând în ședință judiciară deschisă cererea SRL din Ucraina către SRL din Republica Moldova privind anularea hotărârii arbitrale a desființat hotărârea Arbitrajului Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a Republicii Moldova.

Drept temei de desființare a hotărârii arbitrale a constituit faptul că hotărârea respectivă a fost emisă cu încălcarea prevederilor legislației în vigoare. Arbitrii vorbeau între ei în limba pe care reprezentantul SRL din Ucraina nu o cunoștea, deși procesul se derula în limba rusă, pe care el o poseda.

Noutatea științifică rezidă în identificarea a două probleme:

1. Hotărârea arbitrală din motivul încălcării bunelor moravuri și a principiilor fundamentale ale sistemului de drept devine nulă din considerentul că convenția de arbitraj este contrară bunelor moravuri sau există o situație juridică intrinsecă acesteia.

2. De specificat referitor la sintagma „principiile fundamentale ale legislației Republicii Moldova”, sau la „principiile fundamentale ale sistemului de drept al Republicii Moldova”.

Note:

¹ Baran N., *Introducere în teoria generală a dreptului: Suport de curs*, Ed. Universității, Craiova, 2006, p. 28.

² Djuvara M., *Drept și sociologie*, ISD, București, 1936, p. 11.

³ Pop Liviu, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, vol.II: *Contractul*, Universul juridic, București, 2009, p. 339.

⁴ *Ibidem*, p. 382.

⁵ Dogaru I., Dănișor D., Dănișor Gl., Dănișor Gh., *Teoria generală a dreptului*, Ed. Științifică, București, 1999, p. 12-18.

⁶ Pop Liviu, *op.cit.*, p. 383.

⁷ Albu I., *Drept civil. Contractul și răspunderea contractuală*, Dacia, Cluj-Napoca, 1994, p. 33-34.



„DREPTUL DISCREȚIONAR” ÎN ACTIVITATEA ARBITRAJULUI

Dumitru POSTOVAN,

doctor în drept,

*Președintele Curții de Arbitraj Comercial Internațional
de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a Republicii Moldova*

Se cunosc avantajele arbitrajului, care ori de câte ori apare necesitatea, ele sunt enumerate, argumentate prin exemple convingătoare. Însă un avantaj destul de important este trecut sub tăcere – este vorba despre discreția arbitrilor, „dreptul discreționar” în activitate arbitrală, care permite procedurii arbitrale, dar și a arbitrilor, o mai mare flexibilitate la examinarea litigiului și pronunțarea hotărârilor arbitrale echitabile.

Noțiunea „drept discreționar” vine din sistemul de drept anglo-saxon. În țările care fac parte din acest sistem de drept legislația nu este codificată. Subiecții de drept competenți să soluționeze cazuri concrete, aplicând principiile de drept, standardele juridice, au o largă marjă de libertate, dispun de împuterniciri discreționare la pronunțarea hotărârilor. De cea mai largă libertate, în acest sens, se bucură judecătorii, care prin hotărârile pe cazuri concrete, creează chiar norme de drept, ce servesc ulterior ca precedente judiciare.

În sistemul de drept româno-german (continental), legislația este codificată. În procesul de aplicare a dreptului la soluționarea cazurilor concrete, subiecții de drept se conduc de norme de drept exprese, adoptate de legiuitor. Juriștii din sistemul de drept anglo-saxon susțin că judecătorii europeni înfăptuiesc de fapt o justiție mecanică (lor nu le este lăsat nimic pentru a aprecia și a decide de sine stătător). Ei afirmă că legea care nu oferă discreție agentului de aplicare a legii este una tiranică. Susținem că, în condițiile legislației codificate, judecătorul la soluționarea cazurilor concrete nu are marja de libertate pe care o are judecătorul din sistemul dreptului comun, pentru el a decis legislatorul.

Totuși, la discreția judecătorului european sunt lăsate multe aspecte procedurale, dar și materiale în procesul înfăptuirii justiției. Și aceasta datorită conceptelor juridice nedeterminate sau relativ determinate, normelor de drept generale, impersonale, ambigue, neclare, aflate în coliziune, dar și vidului legislativ, când se aplică analogia legii sau a dreptului. Astfel și judecătorii europeni dispun de împuterniciri discreționare.

Practica demonstrează că „dreptul discreționar”, esența căruia constă în marja de libertate a subiectului de drept, care oferă posibilitatea de a alege și a adopta din mai multe variante decizia cea mai optimă, rațională, dreaptă, pe un caz concret, este propriu oricărei activități statale, este o realitate juridică.

Pentru utilizarea „dreptului discreționar”, agenții de aplicare a legii trebuie să aibă împuterniciri discreționare în domeniile ce țin de competența lor, dar în limitele ce li se permit în mod expres.

În sectorul privat în procesul de realizare a dreptului, subiecții de drept utilizează dreptul conducându-se de principiul: se permite totul ce nu-i expres interzis.

Arbitrajul este o metodă de soluționare a disputelor cu implicarea unei/unor terțe persoane neutre, independente și imparțiale, desemnate, de regulă, de părțile în litigiu, investite cu autoritatea de a emite o decizie obligatorie pentru părți.

Elementele-cheie, ce definesc arbitrajul:

(i) Arbitrajul este o procedură de soluționare a disputelor.

(ii) Arbitrii sunt persoane terțe, neutre, independente și imparțiale.

(iii) Arbitrii sunt desemnați de părți sau prin modalitatea convenită de părți.

Deși arbitrajul este frecvent menționat drept un proces care aparține de mecanismele ADR (din engl. – *Alternative Dispute Resolution*) sau SAL (în traducere – Soluționarea Alternativă a Litigiilor), caracteristicile procedurii arbitrale apropie foarte mult arbitrajul de procesul formal de judecată, exercitat de către instanțele de judecată.

Totodată, arbitrajul diferă de procesul judiciar în fața unei instanțe de judecată:

– Arbitrajul este un proces voluntar acceptat de comun acord de părțile în litigiu, spre deosebire de procesul judiciar care este inițiat prin acțiune unilaterală a unei părți.

– Părțile dețin un control consistent asupra procedurii arbitrale, în timp ce procesul judiciar este unul prestabilit prin lege.

– Prin contractul semnat, părțile prevăd recurgerea la arbitraj, stipulând persoana sau instituția investită cu dreptul de judecată, ceea ce presupune și obligatia părților de a se supune hotărârii arbitrale.

– Spre deosebire de instanțele de judecată, arbitrii nu au atribuții de constrângere¹.

În opinia unor savanți, perspectivele arbitrajului ca procedură de soluționare a litigiilor civile și comerciale urmează a fi analizate și evaluate nu numai și nu atât prin compararea cu alte mecanisme ADR (SAL), ci prin prisma avantajelor arbitrajului în raport cu procesul în fața instanțelor de judecată, ambele sisteme



de adjudecare fiind într-o continuă competiție pentru a-și spori gradul de atractivitate pentru litigiile comerciale și civile.

Savanții care susțin caracterul jurisdicțional al arbitrajului – atribuie arbitrajul la formele de justiție privată.

În România acest deziderat este aprobat de Curtea Constituțională prin hotărârile sale, dar și de legiuitor. Astfel, conform art.541 din Noul Cod de procedură civilă în vigoare de la 1 februarie 2013:

(pct.1) Arbitrajul este o jurisdicție alternativă având caracter privat.

(pct.2) În administrarea acestei jurisdicții, părțile litigante și tribunalul arbitral competent pot stabili reguli de procedură derogatorii de la dreptul comun, cu condiția că regulile respective să nu fie contrare ordinii publice și dispozițiilor imperative ale legii.

Doctrina europeană nu consideră arbitrajul – formă alternativă de soluționare a litigiilor – ADR (SAL), care soluționează litigiile prin mijloace extrajudiciare: negociere, conciliere, mediere, alte forme amiabile, pe când arbitrajul este calificat ca un organ de jurisdicție.

Deși atribuie arbitrajul la formele de „justiție privată”, savanții în domeniu plasează această instituție pe picior de egalitate cu alte structuri etatice cu atribuții jurisdicționale de adjudecare.

Acest fapt este recunoscut și prin Deciziile Curților Constituționale din mai multe state europene, cum ar fi Cehia, România, Rusia, care făcând distincție dintre *arbitraj* și *procedura judiciară*, constată și trăsături comune: tribunalul arbitral este o autoritate instituită conform prevederilor legale, arbitrajul este o formă de procedură civilă, sentințele arbitrale sunt învestite cu autoritatea lucrului judecat (*res judecata*), care se execută ca o hotărâre judecătorească.

Adresarea către arbitraj nu contravine principiului accesului liber la justiție: autoritatea arbitrală rezidă din voința comună a părților exprimată în convenția arbitrală, iar libertatea de a alege, inclusiv a formei de soluționare a litigiilor, este una constituțională.

Și jurisprudența CEDO recunoaște statutul arbitrajului de instanță constituită prin lege, iar art. 6 al CEDO nu interzice instituirea tribunalelor arbitrale.

Statuarea arbitrajului ca organ jurisdicțional cu funcții de adjudecare prin adoptarea unor norme speciale privind locul și rolul arbitrajului alături de instanțele de judecată este importantă prin prisma interacțiunii dintre aceste două instituții juridice, rolul, volumul, competența instanțelor de a supraveghea și a interveni în activitatea tribunalelor arbitrale.

Arbitrii, tribunalul arbitral la soluționarea unui litigiu concret, de asemenea, aplică normele de drept, și ei de asemenea dispun de împuterniciri discreționare. De care principiu se conduc: celui atribuit funcționării publice, ce i se permite în mod expres, sau persoanelor private – se permite tot ce nu-i interzis?

Considerăm că odată ce activitatea arbitrală este una jurisdicțională (competența de a judeca), în cadrul căreia se aplică legea, această activitate își are hotarele și limitele sale dictate de lege, de principiile dreptului. Deci, arbitrii, tribunalul arbitral, deși înfăptuiesc o justiție nestatală, privată, la soluționarea cazurilor concrete li se permite doar ceea ce expres este reglementat și nu ceea ce nu-i expres interzis.

Totuși, comparativ cu judecătorii, arbitrii au o marjă de libertate mai largă la soluționarea unui litigiu în procesul de aplicare a legii și emiterea hotărârilor arbitrale. Această concluzie reiese din reglementările legislației arbitrale, convențiilor internaționale, Recomandărilor CE în speță, dar și practicii arbitrale.

Astfel, în Recomandarea nr.(2001)19 a Comitetului Miniștrilor către statele-membre privind căile alternative de soluționare a litigiilor dintre autoritățile administrative și persoanele private (persoane fizice și persoane juridice de drept privat) pct.8 indică, de rând cu alte argumente, de ce se recomandă de apelat la căi alternative, inclusiv la arbitraj: „Având în vedere, că principalele avantaje ale căilor alternative de soluționare a litigiilor administrative constau în funcție de caz în: proceduri mai simple și mai flexibile care sunt mai rapide și mai puțin costisitoare, rezolvarea pe cale amiabilă, implicarea unor specialiști, recurgerea la principiul echității și nu doar la litera legii, precum și o mai mare discreție.”

Această arie discreționară largă se datorează, în primul rând, voinței părților contractuale, la întocmirea convenției de arbitraj, însăși acceptarea sau neacceptarea arbitrajului e la discreția părților. La discreția lor e lăsată forma de soluționare a litigiilor, instituția de arbitraj ce va soluționa litigiul, dreptul aplicabil, procedura de arbitraj, limba și locul desfășurării arbitrajului, numărul de arbitri, modul de executare a hotărârii arbitrale, cheltuielile arbitrale ș.a.

Dacă convenția de arbitraj nu este nulă sau nevalabilă, toate aceste poziții sunt obligatorii pentru arbitri, dar și pentru ceilalți participanți la arbitraj. La discreția arbitrilor sunt lăsate doar procedurile de interpretare a elementelor convenției de arbitraj.

Dacă părțile nu au prevăzut aceste și alte elemente ale convenției de arbitraj, ele sunt lăsate la discreția tribunalului arbitral, care se va pronunța în dependență de clauzele contractului, de circumstanțele cauzei concrete.

Legislația arbitrală oferă arbitrilor o marjă largă de libertate în procesul arbitral. Acest lucru se poate ușor de desprins din conținutul Legii cu privire la arbitrajul comercial internațional din 22.02.2008. De exemplu, art.13 alin.(3) „Până la luarea deciziei de către autoritățile indicate în art.6 alin.(1) cu privire la recuzarea arbitrului, tribunalul arbitral, poate continua procedura și poate pronunța hotărârea”.

Art.16 alin.(1) „Tribunalul arbitral poate decide



asupra propriei competențe, precum și asupra oricăror obiecții referitor la existența sau valabilitatea convenției de arbitraj”.

Dacă o parte invocă incompetența, tribunalul, poate decide asupra acestei declarații ca asupra unei chestiuni preliminare sau în hotărârea privind fondul litigiului.

Art.17 alin.(1) „Tribunalul arbitral poate să dispună măsuri asiguratoare și măsuri provizorii”.

Art.19 alin.(2) „Tribunalul arbitral poate să desfășoare procedura arbitrală și să soluționeze litigiul în modul în care îl consideră corespunzător.”

Cuvântul „poate” este găsit pe întreg textul legii. Această sintagmă (poate) oferă posibilitatea arbitrilor de a decide în dependență de circumstanțele (pot decide sau aplica norma sau nu) de a alege varianta optimă.

La fel sunt lăsate la discreția arbitrilor și alte noțiuni și expresii: când să i se răspundă părții, care invocă incompetența – printr-o decizie preliminară ori odată cu hotărârea privind fondul acțiunii, la aprecierea arbitrilor e lăsată adoptarea deciziei corespunzătoare ș.a.

În lipsa acordului între părți, arbitrii sunt liberi în a decide asupra dreptului aplicabil, locului și limbii desfășurării, regulilor de procedură, inclusiv procedura orală sau scrisă ș.a.

Tribunalul arbitral poate judeca în echitate sau în calitate de mediator amiabil, dacă părțile l-au autorizat expres în acest sens. E lăsată la discreția arbitrilor procedura soluționării pe această cale a litigiului, care trebuie să finalizeze cu o hotărâre dorită de părți.

Un aspect aparte al „dreptului discreționar” în activitatea arbitrală ține de dreptul tribunalului arbitral de a decide asupra propriei competențe, precum și asupra oricăror obiecții referitor la existența sau validitatea convenției de arbitraj.

Chiar dacă una din părți (pârâtul) invocă incompetența și apelează în acest sens la instanța de judecată, tribunalul arbitral se declară competent și continuă procedura, adoptă în fond hotărârea. I s-a dat acest drept prin lege.

Conceptul juridic „competența competenței” este dezbătut pe larg atât în teorie, cât și în practică. Și aceasta datorită „dreptului discreționar” oferit arbitrilor și a felului cum ei decid asupra propriei competențe în condițiile unei clauze arbitrale imperfecte.

Actele normative nu fac lumină suficientă pentru a răspunde tuturor provocărilor legate de forma și conținutul convenției de arbitraj, referitoare la viciile convenției, la așa-numitele „convenții patologice”. Sunt situații, când părțile indică expres că litigiul izvorât din contract va fi soluționat de către arbitraj, fără însă a indica obiectul arbitrajului și instituția de arbitraj, cât și alte elemente obligatorii ale convenției.

În literatura de specialitate, se arată că conform da-

telor statistice în instanțele de judecată se examinează mai multe cereri privind valabilitatea convenției de arbitraj decât cereri privind executarea silită a hotărârilor arbitrale.

Tribunalul trebuie să decidă dacă e competent să soluționeze litigiul. Cum pot fi depășite aceste situații? E lăsat la discreția arbitrilor, care trebuie să constate că părțile în mod expres și-au exprimat liber voința de a soluționa litigiul pe calea arbitrajului, apoi, că tribunalul arbitral concret constituit e competent să-l soluționeze: ei sunt liberi să aleagă argumentele pro și contra, făcând interpretarea normelor juridice în speță, a contractului în întregime (locul întocmirii, semnării, executării lui), apelând la alte izvoare de drept, la practica arbitrală, dar și cea judiciară, la legislația țării unde hotărârea urmează să fie executată.

Cu toate acestea, la alegerea deciziei potrivite pentru soluționarea corectă, rațională a litigiului, arbitrii trebuie să țină cont că discreția arbitrală are anumite hotare, limite, care sunt determinate de convenția de arbitraj, de conținutul contractului, de voința părților, de dreptul aplicabil, de caracterul normelor imperative sau superimperative, de legislația locului juridic al arbitrajului, a țării de executare a hotărârii, care să nu contravină ordinii publice, principiilor fundamentale ale legislației și bunelor moravuri, cât și de alte circumstanțe, prevederi legale, ce pot duce la desființarea hotărârilor arbitrale sau refuzul de a fi recunoscută pentru a fi executată.

Hotarele discreționare trebuie să fie dictate și de principiile de bază ale arbitrajului: operativitate, confidențialitate, cheltuielile arbitrale, aprecierea beneficiilor economice.

De exemplu: deși sunt liberi să determine locul arbitrajului sau mijloacele de probă ale pretențiilor, arbitrii trebuie să le aleagă pe cele mai puțin costisitoare.

Hotarele discreționare depind și de circumstanțele concrete ale conflictului, de comportamentul părților.

„Dreptul discreționar” în activitatea arbitrală se manifestă în mod deosebit, atunci când arbitrii la soluționarea unui litigiu comercial internațional aplică dreptul autonom, numit în jurisprudență *lex mercatoria* (dreptul bazat pe uzanțele comerciale, nu pe actele adoptate de stat) sau dreptul comercial transnațional.

Profesorul Universității din or.Niș (Serbia), A. Ciriți, vorbește despre 3 aspecte ale aplicării „*lex mercatoria*” în arbitrajul comercial internațional:

– *Lex mercatoria* se manifestă ca un sistem juridic autonom, ce caracterizează practica comercianților, independentă de ordinea de drept națională;

– *Lex mercatoria* se aplică ca o formă alternativă a ordinii de drept a statului;

– *Lex mercatoria* ca o formă subsidiară a dreptului național.

Fiecare din aceste aspecte depind de legislația na-



țională, de voința părților în contract, de conținutul și particularitățile contractului, dar și de marja de libertate, de cercul de probleme lăsate pentru a decide la discreția arbitrilor.

A.Cirici indică mai multe izvoare ale dreptului autonom (*lex mercatoria*): Legile-model, reguli codificate, contracte-tip, dispoziții (condiții) generale, cutume, uzanțe comerciale ș.a., care se aplică în dependență de situație și se aplică în mod discreționar de către arbitri pentru buna desfășurare a arbitrajului și emiterii unei hotărâri arbitrale echitabile.

După părerea autorului, *lex mercatoria* este o formă a dreptului deznționalizat, aplicarea căruia depinde de voința participanților relațiilor comerciale înscrise în convenția de arbitraj, ca act competent pentru arbitrajul internațional. Această voință este limitată de normele imperative ale dreptului statului.

Anume la examinarea litigiilor transnaționale *lex mercatoria* apare ca o necesitate, care implică utilizarea cea mai largă a „dreptului discreționar” atât al părților, cât și al arbitrilor. Fiind considerată valabilă o astfel de convenție de arbitraj oferă arbitrilor putere discreționară de a decide.

„Dreptul discreționar” în arbitraj depinde de modul cum este determinată natura juridică a arbitrajului: ad-hoc, instituționalizat sau extrajudiciar.

Arbitrajul este o realitate juridică, determinat ca o instituție juridică, care de rând cu organele de ocrotire a normelor de drept și judiciare, alte organe statale are menirea de apărare a drepturilor omului prin intermediul procedurii arbitrale și pronunțarea deciziilor.

Totodată, arbitrajul nu este un organ de stat. Apare întrebarea dacă arbitrajul oferă apărarea drepturilor omului în mod similar cu instanțele de judecată.

Arbitrajul are loc atunci când părțile au încheiat o convenție de arbitraj prin care investesc cu dreptul de a soluționa litigiul între ei unul sau mai mulți arbitri, adică reprezintă voința părților de a renunța la dreptul de a examina litigiul în instanța de judecată de drept comun (de stat).

Arbitrii sunt competenți să examineze litigiul conform acordului părților. Totodată, această competență își are și o bază juridică: convenția de arbitraj trebuie să corespundă principiului arbitrabilității atât obiective cât și subiective, cât și altor condiții pentru încheierea convenției.

În așa mod, arbitrajul este determinat de către legislația statului, care oferă posibilitate arbitrilor de a examina și soluționa litigiul, garantează executarea hotărârilor arbitrale, acordă alt suport activității arbitrale. Legile statului determină natura arbitrajului și hotarele lui. Aceste acte normative poartă denumirea de *lex-arbitri* – dreptul, care reglementează procedura arbitrală în locul desfășurării arbitrajului.

Care este natura juridică a arbitrajului?

Specialiștii în domeniu au păreri diferite pe mar-

ginea acestei probleme. Iată opinia profesorului ceh A.Beloglavet vizavi de acest concept expus în articolul „Природа арбитража и взаимодействие с защитой основных прав”.

Există mai multe teorii, ca răspuns la această întrebare. Prima teorie, considerată cea mai veche, este *teoria contractuală*, care susține că competența de bază a arbitrilor de a examina și soluționa litigiul vine în exclusivitate din convenția de arbitraj, de aceea arbitrajul nu se referă la dreptul procesual, ci la dreptul contractelor.

A doua teorie poartă denumirea de *teorie jurisdicțională*, care argumentează că procedura arbitrală este una litigioasă: arbitrii soluționează litigiul prin metode de identificare a dreptului în baza competenței delegate lor de stat, și nu prin acordul părților.

Hotărâtor în acest sens este ordinea legală a statului care oferă arbitrilor examinarea litigiului, executarea hotărârilor arbitrale.

A treia teorie este numită *teoria combinată* bazată pe competența arbitrilor, oferită atât de teoria contractuală, cât și cea jurisdicțională și depinde atât de convenția de arbitraj, cât și de *lex arbitri*.

A patra teorie – *teoria autonomă*, potrivit căreia arbitrajul este contemplat ca un proces indivizibil, ca un tot întreg (*sui generis*).

Cei mai mulți specialiști sunt adepții teoriei jurisdicționale: arbitrajul se desfășoară pe teritoriul unui stat concret, care își are propria ordine legală, reglementează arbitrajul, hotarele lui, competența arbitrilor, iar convenția de arbitraj nu poate contravine acestor reglementări.

Spre deosebire de alte forme de soluționare a litigiilor, arbitrajul reprezintă un mijloc de soluționare a litigiilor „sub acoperișul” și cu susținerea autorităților publice.

Scopul arbitrajului este de a examina litigiul într-un proces contradictorial și emiterea hotărârii obligatorii.

Acest proces este aproape de procesul civil judiciar, iar funcțiile arbitrilor sunt analogice cu cele ale judecătorilor.

De aceea arbitrajul nu este acceptat ca formă alternativă de soluționare a litigiilor în limitele conceptului ADR. De pe aceste poziții, arbitrii nu sunt priviți ca negociatori, conciliatori ori mediatori, ci mai aproape ca judecători: statele oferă noi și noi împuterniciri în acest sens arbitrilor.

Încheierea unei convenții de arbitraj între părți e în corespundere cu principiul libertății de exprimare a voinței personalității. E dreptul ei de a renunța la dreptul de a se adresa în instanța de judecată pentru a-și apăra drepturile sale, dar asta nu înseamnă că persoana nu are în continuare dreptul la apărare legală, juridică. Adresarea în arbitraj este de asemenea o formă de apărare legală a drepturilor sale.



Art.6 pct.1) al CEDO garantează dreptul la un proces echitabil de către o judecată, fondată pe baza legii.

Arbitrajul, ca proces, după cum s-a menționat, are loc datorită convenției de arbitraj, încheiată între părți, dar ca instituție juridică ea se formează și activează în baza actelor normative adoptate de stat. Astfel, CEDO recunoaște arbitrajul ca organ jurisdicțional.

De regulă însă pct.1) art.6 CEDO nu se răsfrânge asupra procedurii arbitrale desfășurată conform voinței părților, iar activitatea arbitrilor în această procedură nu poate fi trecută pe seama statului.

Dacă practica adoptării hotărârilor CtEDO nu influențează în mod direct practica decizională a arbitrilor, principiile de bază ale unui proces echitabil judiciar își găsesc totuși reflectare și în practica arbitrală.

Această atitudine se caracterizează prin recunoașterea principiului autonomiei părților, pe de o parte, și minimizarea amestecului instanțelor de judecată (a statului) în activitatea arbitrală, pe de altă parte.

Cerința însă, ca un proces arbitral să fie unul echitabil, reiese nu numai din principiile generale ale unui proces judiciar, din dreptul procesual, ci în primul rând, din convenția de arbitraj, din dreptul autonom al părților, al principiului *ex equo et bono*. Pentru arbitraj, un proces echitabil este unul firesc și se respectă cu strictețe².

Problematica naturii juridice a arbitrajului este în discuție permanentă. În dependență de locul oferit pentru apărarea drepturilor omului, procesul de realizare a dreptului de către arbitri, competența de a aplica normele de drept la soluționarea cazurilor concrete (ca și judecătorii) depinde și volumul împuternicirilor lor discreționare. Și cu totul altă situație e când arbitrii vor avea doar statutul de negociatori, mediatori. La discreția lor, de asemenea, sunt lăsate multe decizii, dar ei nu aplică legea, recomandările lor n-au forță executorie. Deci, nu putem vorbi de o putere discreționară a lor.

În general, forma clasică, tradițională a arbitrajului presupune discreția arbitrilor asupra soluției.

Și asta pentru că, pe parcursul desfășurării arbitrajului apar diferite situații de fapt și de drept, care cer rezolvare și care nu de fiecare dată sunt legal reglementate, ele sunt lăsate la discreția arbitrilor. Aceștia din urmă pentru a soluționa corect cazul, a nu face abuzuri ori manifesta neglijență trebuie să cunoască legislația națională, convențiile internaționale, principiile și izvoarele dreptului, particularitățile comerțului intern și internațional, uzanțele comerciale, practica arbitrală și judiciară. Ei trebuie să fie arbitri de înaltă calificare, buni profesioniști, care ar aplica cu iscusință „dreptul discreționar”.

Așadar, la întrebarea dacă arbitrii, tribunalul arbitral dispun de împuterniciri discreționare, răspunsul e evident. Mai mult, discreția e un avantaj al arbitraju-

lui, despre care de obicei nu se vorbește, nu se scrie. E o scăpare a teoreticienilor. Anume datorită „dreptului discreționar”, principiilor lui de activitate, decizia se bazează mai puțin pe legea formală, ține cont mai detaliat de particularitățile arbitrajului.

Este incontestabil faptul că aria discreționară a arbitrilor e mai largă și mai consistentă decât a judecătorului, în sensul că libertatea de a alege e mai vastă.

În contextul conceptului „dreptul discreționar”, întrebarea e dacă arbitrii (tribunalul arbitral) utilizând „dreptul discreționar” la etapa de aplicare a normelor de drept (al dreptului material aplicabil) pentru a soluționa litigiul dispun de putere discreționară reală așa cum dispun judecătorii?

Deciziile judecătorului rămase irevocabile, dacă nu se execută benevol, se execută prin constrângere. Judecătorului această putere discreționară e dată prin lege. Arbitrului dreptul de a adjuca litigiul i-l oferă părțile. Deși hotărârea arbitrală e definitivă și obligatorie, dacă nu se execută benevol, arbitrii nu pot constrânge pe cel ce a pierdut procesul să execute hotărârea, ca de altfel și alte decizii ale tribunalului arbitral.

Putem vorbi despre un șir de probleme lăsate la discreția arbitrilor, libertatea de a alege, de a decide, dar fără dreptul de a constrânge executarea, nu putem vorbi despre o putere discreționară, reală, așa cum o au agenții de aplicare a legii din structurile statale. Ce fel de putere fără putere?

De aceea, în textele convențiilor internaționale în speță, Legii-model, Regulamentului UNCITRAL, legilor și regulamentelor naționale cu privire la arbitrajul comercial internațional se vorbește numai despre dreptul de a alege, de a decide, nu și de a constrânge. Este logic și explicabil acest aspect normativ. Arbitrajul a fost acceptat benevol, deciziile căruia nu au nevoie de constrângere, trebuie executate benevol.

Elementele de constrângere, inclusiv executarea silită a hotărârii arbitrale, este posibilă doar la intervenția instanțelor de judecată la cererea părților în litigiu, care recunosc hotărârile arbitrale și eliberează titlu executoriu. Hotărârea arbitrală dobândește autoritatea de lucru judecat. În așa mod, procedura de aplicare a legii își are finalul ei logic, care corespunde actului jurisdicțional. Hotărârea arbitrală cu aplicarea împuternicirilor discreționare are forță executorie, iar în caz de necesitate și de constrângere. Deci putem vorbi despre o putere discreționară a arbitrilor.

După cum se exprimă unii specialiști în domeniu, arbitrajul este un organ etatic de alt gen, dar analogic și echivalent cu adjucarea de către instanța de judecată.

Dar, deosebirile dintre aceste două organe jurisdicționale sunt evidente.

După cum s-a menționat, judecătorii, fiind independenți se bucură de mare libertate în procesul examinării cauzei și pronunțării deciziei.



Totuși aria discreționară a lor e mai limitată, hotărârile lor pot fi atacate cu recurs ori apel.

Hotărârile arbitrale sunt definitive, obligatorii, pot fi desființate doar din considerente formale de procedură.

Apare întrebarea – care-i interacțiunea dintre puterea discreționară a arbitrilor și cea a judecătorilor? Poate judecătorul, care verifică deciziile arbitrilor adoptate cu utilizarea „dreptului discreționar”, să nu țină cont de raționamentele de oportunitate a arbitrilor și să le desfacă aplicând propria putere discreționară?

De exemplu, tribunalul arbitral în condițiile unei convenții de arbitraj incomplete, dar care arată expres voința părților de a soluționa litigiul prin arbitraj, utilizând „dreptul discreționar” argumentează, se declară competent și-l soluționează. Una din părți invocă în instanță convenția de arbitraj nulă sau nevalabilă, contestă hotărârea arbitrală. Va desființa judecătorul hotărârea arbitrală?

Practica arbitrală internațională susține teza teoretică, conform căreia valabilitatea convenției de arbitraj se prezumă, arbitrii o interpretează anume de pe aceste poziții, iar instanțele de judecată prin deciziile lor de verificare aprobă acest concept de valabilitate. Această poziție este exprimată și în *Îndrumarul ICCA pentru judecători* cu privire la interpretarea Convenției de la New York din 1958.

Credem că judecătorii trebuie să cunoască și să susțină activitatea discreționară a arbitrilor aplicând aceeași logică, ca și la utilizarea propriei puteri discreționare.

Poate desface o hotărâre arbitrală sau de a nu o recunoaște doar dacă sunt încălcate principiile și prevederile legale exprese, care reglementează activitatea arbitrală.

Odată ce activitatea arbitrală este una jurisdicțională, discreția arbitrală se răsfrânge și la adoptarea hotărârii, care se execută benevol sau silit prin titlu executoriu. Dar, dacă arbitrajul nu va fi jurisdicțional, așa cum se propune în Recomandarea nr.(2001) 9-II lit.iii „Folosirea arbitrajului ar trebui, în principiu, să excludă procedura jurisdicțională”?

Care ar fi forța de executare a deciziilor luate de arbitri, și ce fel de decizii vor fi luate, ca și ale mediatorilor? Putem vorbi despre puterea discreționară a arbitrilor în forma clasică a acestei noțiuni în atare situații?

Credem că conceptul „discreția arbitrală” merită a fi studiat mai profund, detaliat, sub toate aspectele, pentru a formula concluzii mai concrete, clare, pentru a fi utilizate în practică în mod corect, iar arbitrajul va avea numai de câștigat.

Note:

¹ Legea nr. 23 din 22.02.2008 cu privire la arbitraj // *Monitorul Oficial al RM*, nr. 88-89 din 20.05.2008, art. 314.

² Legea nr. 24 din 22.02.2008 cu privire la arbitrajul comercial internațional // *Monitorul Oficial al RM*, nr. 88-89 din 20.05.2008, art. 316.

³ Codul de procedură civilă al Republicii Moldova nr.225-XV din 30.05.2003 // *Monitorul Oficial al RM*, nr. 111-115/451 din 12.06.2003.

⁴ Legea-model din 1985 privind arbitrajul comercial internațional, adoptată de Comisia ONU pentru Dreptul Comercial Internațional, aprobată de Adunarea Generală a ONU.

⁵ *Standarde ale Consiliului Europei pentru Justiție*. Chișinău, 2010.

⁶ Postovan D., Teza de doctor în drept: *Aspecte teoretice și practice ale dreptului discreționar în activitatea organelor statale*, Chișinău, 2013.

⁷ *Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской Конвенции 1958 г. при содействии Постоянного Третейского суда Гага: Пособие для судей*, Москва-Берлин, Инфотроник Медиа, 2012.

⁸ Greenberg Simon, Kee Cristopher and Weeramantr J.Romesh, *International Commercial Arbitration: An-Asia-Pacific Perspective*, Cambridge University Press, 978-0-521-69570-1, Excerpt:http://assets.cambridge.org/9780521695701/excerpt/9780521695701_excerpt.pdf.

⁹ Chereji Cristian-Radu, Ianul Ciprian, Soluționarea amiabilă a disputelor prin intervenția celei de a treia părți; <http://www.rtsa.ro/files/TRAS-16-2006-3Chereji-Tanul.pdf>.

¹⁰ Drahazal Cristopher R., *Business Courts and the future of arbitration*, Cardozo J. of Conflict Resolution (vol.10:491: <http://lcojor.org/vol10no2/491-508.pdf>).

¹¹ Legea nr.134 din 2010: <http://www.dreptonline.ro/legislatie/codul-de-procedura-civila.php>.

¹² *Природа арбитража и взаимодействие с защитой основных прав*. Белоглазев Александр (Чешская Республика, доктор юридических наук, профессор кафедры Экономического факультета Технологического факультета, адвокат;

Материалы первых международных арбитражных чтений Академика И.Г. Побирченко, Киев 2014 г.



TENDINȚE PRIVIND INTERPRETAREA CLAUZELOR PATOLOGICE ÎN ARBITRAJUL INTERNAȚIONAL

Cristina Ioana FLORESCU,

*doctor, lector universitar
(Universitatea „Spiru Haret”, București)*

Preambul

Arbitrajul, una dintre metodele de soluționare alternativă a litigiilor, folosită din cele mai vechi timpuri, oferă o suită de avantaje față de justiția statală ambelor părți, printre care putem enumera autonomia de voință a părților, autonomia procedurii arbitrale, posibilitatea desemnării unor arbitri specializați și profesioniști de către părți, recunoașterea internațională a hotărârilor, confidențialitatea, celeritatea, costuri adaptate cazului, flexibilitatea procedurală, neutralitatea, posibilitatea soluționării litigiului în echitate și altele.

Întrucât arbitrajul reprezintă o justiție voluntară alternativă (art. 541 NCPC¹) celei de drept comun, părțile pot recurge la arbitraj numai în temeiul unor instrumente juridice internaționale sau prin încheierea unei convenții arbitrale, cea care consfințește voința părților de a înlătura competența statală în favoarea celei private.

Disponibilitatea unui arbitraj eficient este alternativă la o judecată în fața instanțelor judecătorești statale, și acesta se poate realiza prin convenirea procedurii pe care părțile o preferă în circumstanțe particulare, limitate numai de respectarea ordinii publice sau a bunelor moravuri (cum îndeamnă toate legislațiile, nu numai cea autohtonă, prin art. 541, 544 NCPC).

Trăsătura dominantă a reglementării arbitrajului constă în libertatea contractuală a părților, acestea fiind cele care aleg să recurgă la această cale de soluționare a litigiilor. Grevată pe fundalul acestei libertăți de alegere și autonomie a părților în cadrul arbitrajului, convenția arbitrală este cadrul perfect ce poate oferi flexibilitate totală părților pentru a-și putea soluționa litigiile pe calea acestei metode alternative de soluționare.

Autonomia părților în sine nu conduce însă automat la un arbitraj care să satisfacă necesitățile comercianților respectivi. Mai degrabă este nevoie ca părțile să facă alegeri eficiente în raport de particularitățile tranzacțiilor lor și principiile de bază ale unui proces arbitral, ca să poată beneficia de avantajul major al arbitrajului față de soluționarea litigiilor de către instanțele judecătorești. Acesta justifică, de regulă, angajarea unui consilier juridic sau avocat cu solide cunoștințe în domeniu, capabil să redacteze o convenție arbitrală valabilă, legală și care să prevadă termenii și condițiile necesare desfășurării unui proces arbitral reușit. Mai ales că, în general, părțile care aleg arbitrajul o fac, de cele mai multe ori, datorită intenției de a-și derula parteneriatul în continuare și de a-și rezolva diferendul temporar și a-l soluționa în câștigul ambelor părți.

Așadar, apare ca o veritabilă artă stăpânirea meșteșugului de a redacta o convenție arbitrală, adică exprimarea concisă, clară și neechivocă a ceea ce este necesar și ce merită să fie inclus într-o astfel de convenție, ca temei al soluționării efective a litigiului părților. Fără existența unei convenții arbitrale, arbitrajul, ca formă de judecată, nu se poate organiza valabil, deci practic nu poate exista. Numai în baza unei astfel de convenții arbitrale se poate realiza ulterior și acordul dintre părți și arbitri de a soluționa litigiul dedus judecății.

Convenția arbitrală, sub ambele sale forme – clauza compromisorie și compromis – se poate regăsi în practica arbitrală, întrucât acest termen de convenție arbitrală este creația juridică a doctrinei și practicii, care astfel a dorit să simplifice limbajul juridic².

Condiție primordială a arbitrajului, convenția arbitrală este contractul de natură procedurală care stă la baza investirii arbitrilor de a judeca un litigiu dedus arbitrajului comercial. Convenția arbitrală este actul de numire al arbitrilor prin libera voință comună a părților, cea care conferă direct părților puterea să alcătuiască un tribunal arbitral printr-o modalitate diferită de aceea a unei instanțe judecătorești.

Prin regulile de arbitraj decise de părți în cadrul convenției arbitrale, având în vedere libertatea de alegere, se includ mecanisme de siguranță care asigură toate elementele necesare unei eficiente și consistente organizări a procedurii arbitrale, care se consideră realizat chiar și în cazurile în care părțile nu pot cădea de comun acord asupra anumitor aspecte (cum ar fi, spre exemplu, numirea arbitrilor, când autoritatea de numire suplinește și preia această funcție).

Subiectul abordat în prezentul material se referă la domeniul actual al dezvoltării instituției arbitrajului comercial, în scopul aprofundării și înțelegerii stadiului recent al cunoașterii circumstanțelor ce conduc la apariția convențiilor arbitrale deficitare (patologice, cum sunt acestea denumite în doctrina de specialitate), precum și al aplicării noilor tendințe de dezvoltare și promovare în materie, prin necesitatea păstrării permanente a strânsei legături între teorie, doctrină și practică.

Interpretarea convenției arbitrale

Întrucât în cazul unor convenții arbitrale neclare se pune problema interpretării acestora, astfel precum se va menționa *infra*, încercăm să evidențiem înaintea că-



teva aspecte moderne și totuși tradiționale în domeniul interpretării convenției arbitrale³, principii ce se aplică de către tribunalul arbitral competent⁴:

a) *Principiul bunei credințe*, în baza căruia tribunalul va acorda prioritate voinței comune și reale a părților de la data încheierii convenției arbitrale, față de exprimarea literală confuză, îndoielnică sau deficitară. Comportamentul unei părți care, pe parcursul procesului, invocă argumente vădit potrivnice obiectului sau finalității avute în vedere de părți, pentru a se sustrage unor obligații asumate dar exprimate destul de impropriu, se consideră rea-voință;

b) *Principiul efectului util* al convenției arbitrale, în baza căruia tribunalul va porni de la premisa că părțile au urmărit producerea unui efect util în favoarea modalității de soluționare private și voluntare a litigiilor, alta decât cea de drept comun la care au renunțat, înlăturând astfel competența instanțelor judecătorești.

c) *Principiul „actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat”* sau al *interpretării în favoarea validității („in favorem validitatis”)*, conform căruia clauza contractuală trebuie interpretată în sensul de a produce anumite efecte și nu în acela de a nu produce nici un efect, recunoscându-i-se astfel convenției arbitrale existența și efectul important de a valida arbitrajul (în baza efectelor intenției reale comune a părților – ca o aplicare a principiului fundamental *pacta sunt servanda*)⁵.

d) *Principiul interpretării „contra proferentum”*, adică în defavoarea părții care a formulat convenția arbitrală este folosit în special în cazul contractelor de adeziune, în care o parte semnează convenția propusă de cealaltă parte, fără a mai negocia sau schimba ceva la ea. Cel care a redactat o convenție arbitrală confuză nu s-ar putea prevala de respectiva ambiguitate pentru a înlătura competența tribunalului arbitral, întrucât ar contraveni principiului conform căruia o parte nu poate invoca propria sa culpă sau nepricepere. Dimpotrivă, o convenție arbitrală nu se va considera nevalabilă când a fost introdusă în contract la propunerea și insistențele repetate ale uneia dintre părți (exemplu: la propunerea apărătorului)⁶.

e) *Principiul interpretării după intenția comună a părților*, conform art. 1266 NCC⁷, care prevede expres că „interpretarea contractelor se face după voința comună a părților contractante, iar nu după sensul literal al termenelor”.

f) *Principiul interpretării în funcție de circumstanțe*, conform căruia se va ține cont de toate împrejurările relevante, în special de negocieri, elemente din corespondența dintre părți, de comportările repetate ale părților în cazul unei relații comerciale de lungă durată⁸.

Remarcăm că aceste principii nu sunt diferite de cele reglementate și de legiuitor în cuprinsul art. 1266-1269 NCC, care au valoare de principii generale de interpretare a convențiilor.

Convențiile arbitrale patologice (clauzele deficitare)

Strâns legată de interpretarea convenției arbitrale și redactarea ei este și problematica clauzelor deficitare, cum mai sunt numite de doctrină⁹. Dispozițiile convențiilor arbitrale care sunt incomplete, neclare sau contradictorii sunt considerate patologice. În cazul în care ele nu cuprind elemente obligatorii ale unei convenții arbitrale, în special deferirea obligatorie a litigiului unui tribunal arbitral privat, aceste neglijențe sau scăpări nu vor determina automat invaliditatea convenției arbitrale. Dimpotrivă, trebuie căutată, în primul rând, o soluție care să respecte voința fundamentală a părților de a apela la arbitraj, prin interpretarea și completarea convenției prin analogie la principiile generale din materia contractelor.

În cele ce urmează, ne vom referi la clauzele compromisorii mai ales, deși aceste deficiențe pot la fel de bine să se ivească și în cazul compromisului, dar această situație este rar întâlnită în practică datorită caracteristicilor specifice momentului încheierii compromisului și a condițiilor sale de validitate.

Primul care a utilizat termenul de „patologic” pentru a descrie o clauză arbitrală redactată necorespunzător a fost, în 1974, Frédéric Eisemann, fost Secretar general al ICC Paris (*International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce*).

Clauzele patologice sunt cele ce pot conduce la neînțelegeri asupra interpretării convenției arbitrale, ceea ce poate determina anularea, inoperabilitatea sau ineficacitatea ei sau chiar imposibilitatea de recunoaștere și executare a hotărârii arbitrale pronunțate în temeiul ei. Clauzele patologice includ acele clauze care sunt imposibil sau extrem de dificil de implementat, cu tendința de a favoriza neînțelegeri pe parcursul procesului arbitral sau care oferă motive pentru desființarea hotărârii arbitrale. Aceste clauze sunt în mod tipic produsul unei specificități și particularizări laborioase („over-lawyering”)¹⁰ asupra conținutului lor sau produsul unui conținut prea puțin îngrijit și prevăzător asupra posibilelor evoluții în procesul arbitral („midnight clause”) ori sunt dovada unor inconsistențe și ambiguități în cuprinsul clauzei.

Pe lângă analiza unui număr de clauze arbitrale, Frédéric Eisemann a stabilit și patru funcțiuni ale convenției arbitrale: (i) produce consecințe obligatorii pentru părți; (ii) exclude competența și intervenția instanțelor ordinare statale în soluționarea litigiului (în afară de cele prevăzute de lege ca posibile și pe care părțile le consideră necesare), cel puțin până la pronunțarea unei hotărâri arbitrale; (iii) oferă puteri tribunalului arbitral de a soluționa posibilele litigii ce pot apărea între părți și (iv) permite desfășurarea eficientă și rapidă a procedurii arbitrale.

Pentru început, constatăm că abordarea modernă a instanțelor judecătorești pare să fie în sensul de a se



strădui să respecte clauza și de a prefera o interpretare viabilă uneia care o anulează, datorită avertismentul că părțile au scos în evidență intenția lor de a-și soluționa prin arbitraj litigiile.

În *HKL Group Co Ltd v Rizq International Holdings Pte Ltd* (2013), Înalta Curte din Singapore a constatat că o clauză arbitrală patologică „poate sau nu să fie admisă în funcție de natura și amploarea patologiei sale”. Cu toate acestea, instanțele din Singapore, în general, vor încerca să „pună în aplicare această clauză, preferând o interpretare în acest sens uneia contrare”. Era clar că, în acest caz, părțile au scos în evidență într-adevăr intenția de a recurge la arbitraj, dar au menționat într-un fel o entitate inexistentă în Singapore („Comitetul de arbitraj”).

În schimb, Curtea Supremă Elvețiană în *X Holding AG și alții v Y Investments NV* (25 octombrie 2010) a respins o clauză patologică pe motiv că nu ar atesta intenția părților de a arbitra. Clauza prevedea ca litigiile dintre părți să fie soluționate prin arbitraj AAA (*American Arbitration Association*) „sau prin orice alt tribunal american”.

Situațiile care au ajuns să fie relevate de specialiști în doctrină datorită transpunerii lor din practică sunt diverse, dar cele mai frecvent întâlnite și care și-au găsit salvarea au avut în vedere aspecte legate de numirea greșită sau incorectă a unei instituții arbitrale, a unui loc al arbitrajului sau a unei autorități de nominare, obiectul litigiului, competența alternativă, nominarea unui anumit arbitru ce nu își mai poate îndeplini misiunea sau chiar clauze în alb sau prin referire (trimitere). În cele ce urmează, vom face o succintă prezentare a acestor posibile circumstanțe.

Numirea greșită/incorectă a instituției arbitrale alese în convenția arbitrală

În principiu, în cazul în care în cuprinsul convenției arbitrale nu este corect și precis definită instituția arbitrală aleasă de părți în cuprinsul ei în vederea organizării, administrării și stabilirii regulilor procedurale, atunci nici unul din cele patru criterii ale lui Eisemann enumerate mai sus nu este îndeplinit. Dacă o instituție arbitrală nu este desemnată precis sau există competență alternativă, poate să nu reiasă cu claritate care dintre consecințele obligatorii menționate mai sus sunt avute în vedere de părți, dacă renunțarea la instanțele statale a fost intenționată, dacă tribunalului arbitral i s-au conferit puterile necesare pentru soluționarea litigiului și, nu în cele din urmă, dacă eficiența și rapiditatea procedurii arbitrale va fi periclitată¹¹.

În jurisprudență există multe cazuri în acest sens¹², amintite de majoritatea autorilor de specialitate. Astfel reiese că referința incorectă la instituția sub ale cărei reguli urmează să aibă loc arbitrajul a devenit deja un defect tipic¹³.

Ceea ce trebuie reținut este că indiferent dacă aceste

clauze prevăd instituții care nu există, ele demonstrează clar intenția părților de a se adresa arbitrajului¹⁴. De aceea, instanțele judecătorești și arbitrale sunt reticente în a declara aceste clauze nule sau inoperante din cauze de incertitudine, deoarece referința în general la un anumit oraș, un anumit tip de litigiu sau un anumit sector de activitate (industrie) implicat în litigiu au permis instanțelor să identifice instituția aleasă¹⁵. Numai în rare situații, pentru cazuri excepționale nu a fost posibilă determinarea regulilor instituționale chemate să guverneze procedura arbitrală, ceea ce a condus la invalidarea clauzei arbitrale respective¹⁶.

O problemă aparte, care a fost rezolvată recent prin adoptarea în ultima vreme de noi reguli și regulamente de arbitraj de către instituțiile arbitrale – între care se observă o competiție constructivă în a oferi o procedură cât mai modernă, flexibilă și atractivă – se referă la aspectul legat de alegerea arbitrajului instituțional. Adică părțile aleg să desemneze o anumită instituție permanentă de arbitraj pentru organizarea, constituirea și funcționarea eficientă a procesului deferit respectivei instituții. Când există o incompatibilitate între instituția aleasă și regulile de procedură arbitrală ale altei instituții arbitrale, reguli alese expres de părți prin convenția arbitrală, atunci, de principiu, prevederile convenției arbitrale ar trebui să prevaleze. Dar nu întotdeauna este posibilă o asemenea compatibilitate între regulile de procedură ale unei instituții și prevederile de funcționare ale altei instituții arbitrale. După cum se poate observa din modificările recente ale regulilor arbitrale moderne, este deja stipulat (de exemplu, în regulile CACCIR – Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României) că alegerea instituției atrage automat aplicarea regulilor sale de procedură arbitrală sau viceversa (ca în cazul ICC sau VIAC – *Vienna International Arbitral Centre*).

În legislația românească, chiar în art. 617 NCPC se precizează regula generală că în caz de contrarietate între convenția arbitrală și regulile de procedură arbitrală ale arbitrajului instituțional la care aceasta trimite, va prevala convenția arbitrală. Aceasta când într-adevăr este posibilă o asemenea compatibilitate sau părțile cad de acord asupra aplicării regulilor mai importante și a restului prin analogie sau omiterea regulilor neaplicabile circumstanțelor particulare ale respectivului caz. Astfel, art. 619 NCPC conține o prevedere specială în acest sens, care intenționează să salveze această problemă și prevede că orice derogare de la desemnarea unei anumite instituții (și deci și a regulilor sale) nu este posibilă (nulă), cu excepția cazului în care managementul instituției decide – în temeiul condițiilor speciale ale cazului și de regulile de procedură indicate de părți ca fiind aplicabile – că celelalte reguli alese de părți conform convenției arbitrale se aplică direct sau prin analogie. Astfel regula devine că prin desemnarea



unui anumit arbitraj instituțional ca fiind competent în soluționarea unui anumit litigiu sau tip de litigii, părțile automat optează pentru aplicarea regulilor sale de procedură.

Remarcăm că în cazul ICC sau VIAC, problema se pune invers, adică odată menționate în convenție regulile de procedură arbitrale ICC/VIAC, acestea impun automat și desemnarea instituției ICC/VIAC ca organizatoare a procesului arbitral. Și aceasta deoarece anumite reguli arbitrale pot prevedea servicii adiționale specializate, care nu pot fi adaptate și nici realizate de instituția arbitrală aleasă prin convenție, cum ar fi scrutinul hotărârilor arbitrale, întocmirea și redactarea preliminară a materialului Terms of Reference sau a ordinelor procedurale pe un anumit tipic, întocmirea calendarului provizoriu al desfășurării procesului, prevederi speciale legate de „emergency arbitrator”, reguli speciale legate de „expediting procedure”, o anumită schemă de cheltuieli arbitrale ș.a.m.d.

Reiese cu claritate faptul că pentru arbitrajul instituțional este nevoie de armonizare și uniformizare la nivel internațional, pentru a echilibra prevederile regulilor instituționale aplicabile cu reglementările legale, pe baza naturii arbitrajului ca național/internațional. Prin urmare, dacă părțile optează pentru o anumită instituție arbitrală, automat regulile sale de procedură se aplică și viceversa, dacă aplicarea anumitor reguli de procedură ale unei anumite instituții sunt menționate în convenția părților, atunci acea instituție este considerată ca organizatoare a serviciilor arbitrale.

Locul arbitrajului ales în convenția arbitrală; clauza în alb

În general, din practica arbitrală ICC reiese că atunci când se face trimitere la arbitraj ICC într-un anumit oraș, se interpretează că este vorba de arbitraj desfășurat sub egida ICC (ca instituție arbitrală și reguli de procedură aplicabile), iar locul arbitrajului este în orașul desemnat.

Însă dificultățile apar când nu este desemnată clar instituția, are titulatură ambiguă sau există mai multe instituții arbitrale în respectivul loc al arbitrajului, instanța fiind singura care poate să deslușească în aceste cazuri care a fost intenția comună a părților pentru a da efect clauzei arbitrale. Mai mult decât constatarea că o denumire improprie nu are consecințe juridice din moment ce în orașul respectiv nu există vreo altă Cameră de Comerț¹⁷, un caz interesant de interpretare *in extremis*, în favoarea menținerii validității clauzei arbitrale cu orice preț, este cel prin care s-a decis că **nu contează decât intenția de a arbitra a părților** (clauza în alb), chiar dacă se face referire la o instituție sau reguli arbitrale care nu există (Decizia Înaltei Curți din Hong Kong în cazul Lucky-Goldstar International (HK) vs. Ng Moo Kee Engineering Ltd. din 5 mai 1993). Reținem că, în interpretarea clauzei arbitrale, trebuie să

se țină seama de intenția reală a părților, iar nu de exprimarea eventual defectuoasă, în caz contrar, ajungându-se la imposibilitatea soluționării litigiului prin arbitraj, deși este incontestabil că părțile au vrut să aleagă această cale procedurală¹⁸.

În sens contrar, CACCIR a admis excepția de necompetență a arbitrajului, motivat de faptul că expresia „la arbitraj”, fără nicio precizare cu privire la tipul de arbitraj pentru care părțile au optat și fără niciun element care să identifice instituția arbitrală, în condițiile existenței mai multor instituții, nu se poate trage concluzia că voința reală a părților ar fi arbitrajul în fața CACCIR, clauza compromisorie putând deveni operantă și valabilă numai în urma unui acord ulterior al părților în favoarea CACCIR, acord ce nu s-a realizat¹⁹.

Numirea greșită/ incorectă a autorității de nominare

Altă problemă apărută în practică este desemnarea unei autorități de nominare inexistente. Deși practica a pronunțat și soluții de invalidare a convenției arbitrale în asemenea circumstanțe, suntem de părere contrară, în sensul că, printr-o interpretare mai extinsă a prevederilor relevante, părțile se pot baza pe prevederile legate de regulile aplicabile sau legea aplicabilă²⁰, care menționează mecanismul de siguranță stabilit pentru asemenea circumstanțe, când procedura de nominare convenită de părți nu este funcțională.

Competența alternativă

Cu privire la competența alternativă, cum discuțiile mai sus făcute se potrivesc și la acest subiect, căci adesea sunt împletite, părțile obișnuiesc în clauza arbitrală să facă o trimitere la o instituție arbitrală inexistentă sau eventual menționează încă una, alternativă. Jurisprudența românească este și ea destul de bogată în acest sens, existând cazuri în care atunci când clauza arbitrală este ambiguă și necorespunzător formulată²¹, dacă se ridică excepția de necompetență a arbitrajului, pentru a determina voința reală a părților, se recurge la regulile de interpretare a contractelor și la probele dosarului²².

Amintim astfel că inexistența organului arbitral menționat de părți a fost acoperită prin introducerea acțiunii la CACCIR (fără nici un fel de obiecțiuni din partea părților), conferindu-se astfel competență arbitrajului prin săvârșirea de acte procedurale²³.

În altă speță s-a statuat că, în situația în care părțile au stabilit prin contract competența alternativă a instanțelor statale și de arbitraj, formularea nu constituie o clauză compromisorie conform legii (art. 343¹ C. proc. civ. vechi, atunci în vigoare) și Regulilor CACCIR (art. 12 alin.(1) de la acea vreme în vigoare), deoarece are semnificația unei abilitări acordate reclamantului între cele două jurisdicții²⁴ și nu exprimă voința univocă a



părților de a recurge la arbitraj, cu excluderea clară a competenței instanțelor judecătorești.

Aceasta este însă și regula generală, care nu necesită o exprimare specială în contract: în baza autonomiei de voință, părțile au libertatea de a alege jurisdicția competentă să le soluționeze litigiile, bineînțeles cu respectarea prevederilor legale și a eventualelor alte mecanisme de rezolvare alternativă extrajudiciară prealabile, care pot preceda obligatoriu sau facultativ procedura judiciară sau arbitrală. Părțile au ca regulă opțiunea între jurisdicția statală și cea arbitrală, deci o clauză alternativă nu este o clauză atributivă de competență care să lămurească organul abilitat să pronunțe o decizie, astfel că alegerea rămâne la latitudinea reclamantului (pe care, bineînțeles că părțile o poate contesta, dar în baza principiului *competence-competence*, instanța mai întâi sesizată are obligația să-și verifice propria competență).

Obiectul litigiului

S-a mai susținut că o clauză arbitrală care se referă la „interpretarea și executarea contractului” nu ar cuprinde și litigiile ce privesc desființarea lui, dar CACCIR a reținut că formularea este cuprinzătoare, ținând cont de elementele cauzei și de consecințele ce decurg din neexecutarea contractului²⁵.

Se reține o situație asemănătoare cu o soluție însă diferită, când din modul de redactare a clauzei compromisorii tribunalul arbitral reține că, la data încheierii contractului, „părțile au dorit să supună jurisdicției acestei Curți numai litigiile ce se vor naște din executarea contractului, nu și cele care ar putea să se ivească în legătură cu încheierea lui. Întrucât nu au încheiat un compromis care să acorde competență tribunalului arbitral de a analiza și aspectele legate de încheierea contractului, pe de o parte, nu și-au precizat poziția față de competența tribunalului arbitral, pe de altă parte, urmează a se constata necompetența justiției private de a soluționa prezentul litigiu”²⁶.

Numirea unui anumit arbitru

Spre exemplu, legat de constituirea tribunalului arbitral, s-a întâlnit mai frecvent în practică următoarea situație de incertitudine, care a suscitat discuții asupra posibilității susținerii validității clauzei arbitrale, și anume, dacă o clauză arbitrală prevede că litigiile vor fi soluționate de X prin arbitraj și X la data declanșării litigiului este în imposibilitate de a-și exercita misiunea sau a decedat și nu există prevedere de înlocuire, clauza arbitrală nu va mai putea fi pusă în practică, căci X nu poate judeca litigiul. Astfel că, pentru salvagardarea arbitrajului, este recomandat ca părțile să evite numirea exactă a arbitrilor, preferând în schimb desemnarea unei modalități de numire, eventual prin trimiterea la un set de reguli care include și acest aspect.

Potrivit art. 558 alin.(5) NCPC, s-a instaurat regula

ca odată cu propunerea arbitrilor, părțile să desemneze și câte un arbitru supleant pentru cazul în care arbitrul principal ar fi sau ar ajunge în situația de a nu își putea îndeplini obligația și a conferi celeritate și eficiență procesului arbitral. Această normă este cuprinsă și în regulile de procedură arbitrală ale CACCIR, care o prevăd și aplică deja de dinaintea intrării în vigoare a NCPC.

Un caz mai exoteric, a cărui clauză nu a putut fi salvată datorită acestei problematice de numire defectuoasă a arbitrului, este amintită de Redfern și Hunter în lucrarea lor (2004), întrucât în calitate de arbitru a fost desemnată de fapt o instituție arbitrală: „*All disputes arising in connection with the present agreement shall be submitted in the first instance to arbitration. The arbitrator shall be a well-known Chamber of Commerce (like the ICC) designated by mutual agreement between both parties.*”

Clasificarea clauzelor patologice

Ținând cont de practica bogată în domeniu, care abundă de cazuri de clauze patologice, doctrina a încercat o clasificare a acestor clauze patologice și astfel considerăm că există:

- clauze ce denumesc greșit sau incomplet instituția arbitrală, care este foarte întâlnită în jurisprudență și asupra căreia s-au oprit specialiștii pentru a putea găsi soluții salvatoare;

- clauze arbitrale alternative (atunci când se prevede fie o competență a instanțelor statale, fie a celor arbitrale sau când este vorba de o menționare a două instituții arbitrale diferite – încercându-se a se da totodată efect principiului procesual *electa una via non datur recursus ad alteram*);

- clauze în alb (atunci când se prevede numai că litigiile vor fi soluționate prin arbitraj, fără alte mențiuni referitoare la modalitatea de numire a arbitrilor și nici la reguli de procedură ale unei instituții arbitrale care ar putea complini lacunele);

- clauze prin referire²⁷ (atunci când există un contract-cadru care cuprinde condițiile generale de afaceri, printre care și clauza arbitrală și celelalte contracte subsecvente fac trimitere la contractul-cadru).

În aceste categorii, extinzându-le, se pot include și alte cauze ce pot conduce la calificarea ca patologică a unei clauze arbitrale²⁸, printre care se pot regăsi:

- cele în care în perioada de negociere au fost înlocuite în două limbi străine diferite, iar la momentul traducerii apar inadvertențe între termeni legați de reclamant și părât (de exemplu, în limbi de origine latină pot fi considerate anumite cuvinte asemănătoare, deși ele sunt contrare ca înțeles și de aici se pot genera confuzie și ulterioare greșeli);

- sau folosirea anumitor termeni mai puțini fermi, care lasă loc îndoielii în ceea ce privește deferirea precisă și neechivocă la arbitraj (cum ar fi cuvântul „poate”);



- sau referirea în aceeași clauză atât la arbitrajul instituțional, cât și la cel ad-hoc;
- sau precizarea a două legi diferite aplicabile contractului (sau clauzei arbitrale);
- sau menționarea a două locuri diferite de desfășurare a arbitrajului;
- sau menționarea a două autorități de nominare diferite;
- sau menționarea a două regulamente diferite de procedură arbitrală;
- sau alegerea instanței arbitrale ca instanță de intervenție pentru înlăturarea anumitor piedici în fața instanțelor statale, de drept comun (proceduri de drept comun în fața instanței arbitrale);
- sau alegerea, alături de arbitraj, a unei alte metode alternative de soluționare a litigiului (ADR – precum concilierea, medierea sau adjudecarea) pentru litigii diferite ale părților prin aceeași clauză arbitrală fără precizări distinctive clare;
- sau referirea la un tribunal arbitral, fără precizarea numărului de arbitri ce îl compun și fără alte proceduri arbitrale aplicabile (de exemplu „*Tout litige découlant de l'interprétation du présent contrat sera tranché par un Tribunal arbitral siégeant dans un pays autre que celui don't ressort chacune des parties*”²⁹);
- sau cerința unor condiții speciale pentru arbitri, imposibil de întrunit în practică.

Mai rămân de adăugat și alte tipuri de clauze având în vedere că practica arbitrală, care este în continuă dezvoltare, va mai deosebi cu timpul, probabil, și alte tipuri de clauze patologice pentru a încerca o clasificare a lor.

Consecințe; posibile soluții de prevenire

Îndreptându-ne atenția asupra posibilelor consecințe ale unei redactări deficitare a convenției arbitrale, nu este mai puțin adevărat că asemenea clauze patologice continuă să fie incluse în contracte în mod curent, datorită unei atenții marginale acordate structurării corespunzătoare a clauzei de soluționare a litigiilor. Se afirmă că „este un contrast izbitor între gradul de sofisticare reflectat în redactarea conținutului în fond a unui contract internațional voluminos, elaborat de un personal de înaltă competență, plin de creativitate și inițiativă, față de primitivismul erorilor ce se pot găsi în clauza arbitrală”³⁰.

Practica copierii clauzei arbitrale din contracte mai vechi în cele noi este în mod deosebit periculoasă, deoarece această deprindere nu face decât să mențină vechea denumire a unor instituții arbitrale sau a unor seturi de reguli arbitrale ce sunt într-o continuă restructurare în ultima vreme, care pot să nu mai existe sau să fie contradictorii între ele și astfel forțează practicienii arbitrajului, deopotrivă arbitri și avocați, să examineze istoria respectivei instituții pentru a da efect clauzei arbitrale³¹. În cel mai bun caz, menționarea unei instituții arbitrale imprecise sau inexistente poate tergiversa procesul arbitral, întrucât părțile pot iniția o procedură

preliminară invocând excepția necompetenței arbitrale, care se poate prelungi asupra discuției în contradictoriu relativ la validitatea clauzei arbitrale. Părțile pot astfel profita de oportunitatea de a întârzia și chiar termina procedura arbitrală prin invocarea invalidității clauzei arbitrale, ridicând excepția necompetenței tribunalului arbitral.

De aceea, bunele practici reclamă prevenirea unor asemenea probleme prin întocmirea unei clauze arbitrale care să producă efectele scontate, fiindcă o redactare corespunzătoare poate evita efectele negative pe care o clauză patologică le poate crea sau măcar le poate diminua.

Desigur că, un conținut minimal al clauzei arbitrale este necesar în contractul principal, dar adăugarea la clauza arbitrală a prea multor prevederi opționale poate conduce la o clauză prea încărcată, care poate să pună în dificultate părțile. De aceea, este recomandabil să se propună o clauză standard, ca cele prevăzute de instituțiile arbitrale, pe care instanțele o recunosc și execută de obicei. La clauza simplă standard se poate adăuga numai minimul necesar, în concordanță cu anumite prevederi care sunt potrivite în mod particular unei anumite tranzacții, dar trebuie evitată concentrarea prea multor detalii, termene nerealiste, eventuala părăsire a unei părți sau a altor aspecte ce cad deja sub incidența regulilor arbitrale la care se face referire și cu care pot veni mai apoi în contradicție. Rezultatul scontat trebuie să fie o clauză arbitrală care să servească părților, nu neapărat perfectă, dar măcar liberă de ambiguitățile, inconsistențele sau incertitudinile care se regăsesc de obicei în practică și pe care cei care o redactează sunt tentați să le comită³².

Sintetizând, exemplele și cazurile din practică amintite evidențiază necesitatea de a evita intervenția instanțelor în interpretarea convenției arbitrale sau restricționarea prerogativelor instanței arbitrale numai la anumite litigii relativ la contractul încheiat de părți sau orice altă formulare care poate lăsa loc neregularităților. De aceea, trebuie luate în considerare cele patru criterii ale lui Eisemann, căci dacă una din funcțiile respective este slăbită și nu se poate îndeplini, clauza arbitrală este în pericol. Așa cum preciza chiar Eisemann, **nu sunt recomandate nici prea multe cuvinte, dar nici prea puține; clauza arbitrală trebuie să se păstreze simplă, fără a fi însă simplistă**³³.

În acest sens, o importanță semnificativă este precizarea locului arbitrajului, căci părțile nu trebuie să depindă de intervenția fortuită a instanțelor statale. Importante sunt totodată limba arbitrajului, modul de desemnare al arbitrilor și numărul lor, căci în cazul în care litigiul nu are o valoare deosebită este mai ieftină și rapidă o procedură condusă de un singur arbitru, și asta numai dacă clauza prevede o asemenea opțiune a părților. În lipsa acordului părților asupra compunerii tribunalului arbitral, în general, multe reguli de arbitraj preferă un tribunal colegial unuia unipersonal, deși



există și instituții precum ICC³⁴ sau VIAC³⁵, care controlează și supraveghează echilibrul în acest sens, menționând că Curtea/ Boardul va decide numărul arbitrilor în funcție de complexitatea cazului, valoarea litigiului și interesul părților într-o procedură eficientă (timp și costuri).

Totodată, în cazul unui arbitraj ad-hoc este bine să fie prevăzute mai multe aspecte, care să acopere procedura ce se va desfășura sau să se facă trimitere la un set de reguli arbitrale (unde trebuie să se verifice pentru completare dacă sunt cuprinse, pe lângă locul arbitrajului, prevederi în cazul neînțelegerilor în desemnarea arbitrilor, evitarea termenelor-limită în pronunțarea hotărârii și alte similare) și trebuie evitată suprapunerea sau combinarea mai multor tipuri de proceduri arbitrale în aceeași clauză. Sfaturi și ghiduri în redactarea unei clauze arbitrale eficiente, corecte și complete sunt multe în literatura de specialitate, conținute atât în cărțile sau tratatele de specialitate mai renumite cât și în articole și studii dedicate în mod expres acestui subiect³⁶.

Concluzii

Reținem în concluzie că, dacă o clauză pune în pericol executarea unei hotărâri arbitrale, este neclară în ceea ce privește aplicarea ei sau poate produce divergențe asupra calificării conținutului ei, atunci ea este considerată patologică și trebuie depuse eforturi pentru surmontarea neregularităților ei, care adesea survin în probleme legate de determinarea calificării tipului de arbitraj și a instituției arbitrale, a regulilor de procedură arbitrală, în constituirea instanței arbitrale, a modului de desfășurare a procedurilor și a regulilor ce se aplică, precum și în procedura de recunoaștere și executare a hotărârii arbitrale.

Clauzele patologice pot apărea dintr-o varietate de motive, referitor la diverse stadii ale procesului arbitral, de la alegerea arbitrajului, a instituției arbitrale până la regulile de procedură aplicabile privind probatoriile sau pronunțarea hotărârii³⁷, dar interpretarea lor nu se poate face prea extensiv, dincolo de intenția comună a părților, care trebuie să fie însă clar exprimată măcar în sensul convenirii asupra arbitrajului, pentru a preveni deferirea litigiilor instanțelor statale, de drept comun. De aceea, cel mai potrivit este să se stipuleze clauze arbitrale standard, similare celor propuse de instituțiile permanente de arbitraj³⁸, pentru a reduce costurile inutile și timpul ce s-ar putea irosi cu potențialele contestații asupra validității convenției arbitrale sau a executării hotărârii arbitrale. În acest sens, merită să atragem atenția că au fost lansate diverse ghiduri de redactare a unei clauze arbitrale, de dată recentă fiind noul *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*³⁹ aprobat de IBA (International Bar Association) Council la 7 octombrie 2010, la Conferința anuală IBA de la Vancouver, prin care se oferă practicienilor și celor interesați în domeniu o îndrumare bine structurată

și detaliată asupra redactării unei clauze arbitrale eficiente, lipsită de ambiguități, care să reflecte interesele părților în funcție de tipul de raporturi juridice dintre părți și circumstanțe particulare ale contractului ce stă la baza relației lor și care să conțină voința părților de a se adresa arbitrajului exprimată corect, în baza practiciilor internaționale curente.

Note:

¹ Noul Cod de procedură civilă (NCPC) a intrat în vigoare la 15 februarie 2013: OUG nr. 4/2013 privind modificarea Legii nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative conexe.

² A se vedea: Roș V., *Arbitrajul comercial internațional*, Ed. Regia Autonomă M. Of., București 2000, p. 87.

³ http://revcurentjur.ro/arhiva/attachments_200434/recjurid043_410F.pdf

⁴ Florescu C., *Arbitrajul comercial. Convenția arbitrală și tribunalul arbitral*, Ed. Universul juridic, 2011, p. 238-251; Florescu G., Bamberger Z., Sabău M., *Arbitrajul comercial în România*, Ed. Fundația România de Măine, 2002, p. 45-47; Roș V., *op. cit.*, p. 149-154.

⁵ Fouchard, Gaillard, Goldman, citat de Roș V., *op. cit.*, p. 154.

⁶ Sentința CACCIR nr. 185/1999, evocată în Florescu G., Bamberger Z., M. Sabău, *op. cit.*, p. 46.

⁷ Noul Cod civil (NCC) a intrat în vigoare la 1 octombrie 2011, actualizat prin Legea nr. 60/2012 privind aprobarea OUG nr. 79/2011 pentru reglementarea unor măsuri necesare intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil

⁸ Popescu T.R., *Soluționarea litigiilor patrimoniale cu element de extraneitate*, Oficiul de informare documentară pentru aprovizionarea tehnico-materială și controlul gospodăririi fondurilor fixe, București 1980, p. 280-281.

⁹ Căpățână O., *Convenția arbitrală deficitară*, Revista de drept comercial nr. 12/1999, p. 66 și urm.; Băcanu I., *Controlul judecătoresc asupra hotărârii arbitrale*, Lumina Lex, 2005, p. 60-66; Roș V., *op. cit.*, p. 154-160; Dănilă G., *Procedura arbitrală în litigiile comerciale interne*, Universul juridic, București, 2006, p. 94-102; Bond G., *International Commercial arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, vol. I, p. 655-704; Fouchard, Gaillard, Goldman, *On International Commercial Arbitration*, Ed. Kluwer Law International, 1999, p. 262-280; Redfern, Hunter, Blackaby, Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London Sweet & Maxwell, 2004, p. 165-168; Lew, Mistelis, Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Ed. Kluwer Law International, 2003, p. 154-159; Eisemann F., *La clause d'arbitrage pathologique*, Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli, U.T.E.T. 1974; Clive Macmillan Schmitthoff, *Defective Arbitration Clauses*, Journal of Business Law, January 1975, p. 9-22; Benjamin G. Davis, *Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria*, Arbitration International, vol. 7, no. 4, 1991, p. 365-388; Doak R., Bishop, *A Practical Guide for Drafting International Arbitration Clauses*, p.18-20 (1-81) postat pe <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop9.pdf>; Fredrick E.Sherman, Steven C.Bennett, *Avoiding „Patholo-*



gical" *Arbitration Clauses* (The aim of an arbitration clause is solving problems, not creating them.), vol. 52, no. 4, Practical Lawyer, American Law Institute, August 2006, p. 43; Stephan Wilske, Claudia Krapfl, *Pathological Designation of Arbitration Institutions – Two Recent Decisions on a Contract Drafter's Nightmare*, International Arbitration Law Review, 2006, vol. 9 no. 3, p. 80-83; John M. Townsend, *Drafting Arbitration Clauses: Avoiding the 7 Deadly Sins*, Dispute Resolution Journal, vol. 58, no. 1, Feb.-Apr. 2003, p. 29-36 (postat și pe <http://www.adr.org/si.asp?id=3620>).

¹⁰ Fredrick E. Sherman, Steven C. Bennett, *op. cit.*, p. 43.

¹¹ Wilske Stephan, Krapfl Claudia, *op. cit.*, p. 80.

¹² A se vedea cazurile menționate în Bishop R.D., *A Practical Guide for Drafting International Arbitration Clauses*, p. 18-20.

¹³ Referitor la ICC, Tribunal de Grande Instance Paris, 13 decembrie 1988, Société Asland vs. Société European Energy Corporation, Revue de l'Arbitrage 1990, p. 521-522; Cour d'appel Paris, 24 martie 1994, Société Deko vs Dingler et société Meva, Revue de l'Arbitrage 1994, p. 514. Pentru alte asemenea cauze în care se face referire la ICC a se vedea în mod special Davis B.G., *Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria*, p. 365. Există jurisprudență numeroasă legată și de Camera de Comerț și Industrie din Geneva (Hotărârea parțială în cazul no. 117 din 29 noiembrie 1996, ASA Bulletin 15 (3), 1997, p. 534 sau tot hotărâre parțială din 30 iunie 1987, ASA Bulletin vol. 15 no. 1, 1997, p. 122 (Curtea de arbitraj de la Geneva alături de Camera de Comerț elvețiană), sau jurisprudență în legătură cu Camera de Comerț și Industrie de la Zurich etc.

¹⁴ În acest sens este și sentința arbitrală nr. 50/27 februarie 2004 – dosar nr. 325/2003. Faptul că prin convenția de arbitraj nu s-a arătat numele arbitrilor – obiecțiune invocată de una din părți pentru a susține nulitatea clauzei compromisorii – este nesemnificativ, întrucât, în conținutul contractului, părțile trimit la „Regulamentul de conciliere și arbitraj al acelui organ arbitral”, ceea ce înseamnă că trimit la reglementările Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României și care, în Regulamentul de organizare și funcționare și în Regulile de procedură ale Curții – pentru că la aceste reglementări trebuie să înțelegem că trimit părțile – stipulează modalitatea de desemnare a arbitrilor. Altfel spus, omisiunea părților la încheierea clauzei compromisorii este suplinită de reglementările în materie ale Curții de Arbitraj, ceea ce face ca respectiva clauză compromisorie să fie valabilă și cu această imperfecțiune, conform art. 343¹ C. proc. civ. În atare situație, se reține că, în pofida imperfecțiunilor sale, clauza compromisorie convenită de părți exprimă cert opțiunea părților pentru arbitraj, stabilește instanța arbitrală competentă și stabilește – *per relationem* – modalitatea de organizare a Tribunalului arbitral. *Revista Română de Arbitraj*, nr. 2/2010, p. 73.

¹⁵ A se vedea cazurile citate de Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.*, p. 156, nota de subsol 113.

¹⁶ “Any dispute...between the Parties arising out of or relating to this Agreement which cannot be settled amicably shall be referred to and determined by arbitration in the Hague under the International Arbitration Rules” (clauză refuzată deoarece PCA și-a declinat acceptarea; a se vedea de

asemenea refuzul US Court de a ordona arbitrajul în temeiul acestei clauze în *Marks 3-Zet-Ernst Marks GmbH & Co KG v. Presstek Inc.*, (455 F.3d 7 1st Cir. 2006).

Curtea de casație din Liban, 27 aprilie 1987, *Revue de l'arbitrage*, no. 4, 1988, p. 723-726, în care se preciza „Chamber of Commerce in Bucarest or Arbitration Commission at the International Chamber of Commerce in Paris”. Referința la aceste instituții este ambiguă, deoarece nu este clar dacă se au în vedere locul arbitrajului, regulile de procedură aplicabile sau locul dezbaterilor ședințelor de arbitraj, și nici una dintre denumiri nu este cea consacrată pentru instituțiile vizate. A se vedea cazurile citate de Lew, Mistelis, Kröll, *op. cit.*, p. 156, nota de subsol 114.

Ipozeza în care existența unei clauze compromisorii deficient redactate nu permite formularea concluziei indubitabile, potrivit căreia părțile au înțeles să recurgă la arbitraj cu excluderea competenței instanțelor statale se regăsește și în sentința arbitrală nr. 140/23 septembrie 1998, în *Revista de drept comercial*, nr. 6/1999, p. 120. Ipozeza redactării imperfecte a convenției arbitrale nu trebuie confundată cu ipoteza lipsei convenției arbitrale. În lipsa unei convenții arbitrale, litigiul nu poate fi soluționat pe calea arbitrajului. A se vedea sentința arbitrală nr. 57/1 aprilie 1999, în *Revista de drept comercial*, 1999, nr. 7-8, p. 253.

¹⁷ Sentința nr. 45 din 27 martie 2000, *Jurisprudența comercială arbitrală 1953-2000*, coordonatori V. Babiuc, O. Căpățână, editată de Camera de Comerț și Industrie a României, Curtea de Arbitraj Comercial Internațional, 2002, 1.42, p. 12-13. Denumirea improprie dată CCIR în textul contractului cu prilejul stabilirii organului arbitrajului este lipsită de consecințe juridice, din moment ce în București nu există vreo altă Cameră de Comerț. Din acesta rezultă că părțile au înțeles să se refere la CCIR ca entitate determinată.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Încheierea CACCIR de închidere a procedurii arbitrale din 30 iunie 2003, dosar nr. 74/2003, publicată în *Revista de drept comercial*, nr. 2/2004, p. 222. În același sens și Sentința CACCIR nr. 179 din 15 noiembrie 1999, publicată în *Revista de drept comercial*, 2001, nr. 5, p. 144.

²⁰ Sentința nr. 128 din 29 noiembrie 1996, *Jurisprudența comercială arbitrală 1953-2000*, 1.35, p. 10-11, care, deși nu se referă la autoritatea de nominare, se referă la legea aplicabilă contractului pentru a stabili care este competența într-o clauză alternativă, precizând că competența revine instanței de la locul executării obligațiilor alese de reclamantă, care are acest beneficiu. Într-o altă cauză, în care era stabilit locul arbitrajului de părți prin contract, deși competența era alternativă, s-a găsit că clauza respectivă stabilește competența arbitrajului pentru soluționarea litigiilor, iar reclamantul are dreptul să aleagă organul competent. Sentința nr. 52 din 13 mai 1996, *Jurisprudența comercială arbitrală 1953-2000*, 1.36, p. 11.

²¹ A se vedea: Severin A., *Competența arbitrajului comercial în lipsa unei convenții arbitrale explicate // Dreptul*, 1990, nr. 1-2, p. 30 și urm.

²² Băcanu I., *Controlul judecătoresc asupra hotărârii arbitrale*, p. 59. La aceeași pagină, în acest sens, autorul ilustrează o speță extrem de exemplificativă asupra interpretării unei instanțe acceptabile pentru ambele părți („a Court of Law acceptable to both parties”). CACCIR a statuat că referirea la „Court of Law” evocă mai degrabă instanțele sta-



tale, pe când termenul „acceptabilă” implică necesitatea unui acord ulterior cu privire la instanța desemnată să soluționeze litigiul, iar tăcerea părâtului nu are valoare de acceptare tacită, astfel că tribunalul arbitral constată necompetența arbitrajului, întrucât lipsește convenția arbitrală. Sentința CCIR nr. 140 din 23 septembrie 1998, publicată în *Revista de drept comercial* nr. 6/1999, p. 120.

²³ Sentința nr. 94 din 23 septembrie 1996, *Jurisprudența comercială arbitrală 1953-2000*, 1.13, p. 4.

²⁴ Sentința nr. 124 din 22 iulie 1999, la fel și sentința nr. 145 din 27 decembrie 1996, *Jurisprudența comercială arbitrală 1953-2000*, 1.34, p. 10.

²⁵ Încheierea CACCIR din 16 noiembrie 2001, dosar nr. 238/2001, publicată în *Revista de drept comercial*, 2002, nr.6, p. 188 și 2003, nr.1, p. 208.

²⁶ Sentința arbitrală nr. 47/02.03.2005 – dosar nr. 273/2004 // *Revista Română de Arbitraj*, 2009, nr.1, p. 69.

²⁷ Există și în acest tip de clauză atât soluții pro cât și contra validității clauzei arbitrale. Un tribunal arbitral sub egida CACCIR a statuat că invocarea de către una din părțile contractante a faptului că în „Condițiile generale de vânzare” – anexă a contractului ar fi înscrisă convenția arbitrală, nu poate fi reținută ca fiind opozabilă celeilalte părți din moment ce partea nu a semnat anexa contractului și nici nu a făcut dovada că ar fi acceptat tacit aceste „Condiții generale” prin referire la ele în timpul derulării contractului. Sentința nr. 57 din 1 aprilie 1999, *Jurisprudența comercială arbitrală 1953-2000*, 1.7, p. 2-3.

Tot pentru o interpretare în sens restrictiv Sentința nr. 39 din 17 mai 1974 și Sentința nr. 210 din 2 decembrie 1977, *Jurisprudența comercială arbitrală 1953-2000*, 1.41, p. 12.

O soluție contrară este pronunțată în Sentința nr. 135 din 9 decembrie 1996 (*Jurisprudența comercială arbitrală 1953-2000*, op. cit., 1.39, p. 12), când s-a găsit că, întrucât părțile au inserat în contract o clauză de adeziune față de condițiile stabilite prin Regulamentul Târgurilor și Expozițiilor organizate la Romexpo, cu mențiunea că acestea fac parte integrantă din contractele lor, prevederea referitoare la arbitraj din Regulamentul menționat are caracterul unei clauze compromisorii la care s-a aderat. În consecință, suntem de părere că, în principiu, este suficientă simpla referire la contractul-cadru (principal), cu condiția ca în acesta să existe precizarea expresă și clară că anexa ce cuprinde clauza arbitrală face parte integrantă din contract.

²⁸ A se vedea pentru detalii Davis B.G., *Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria*, p. 371 și urm.

²⁹ *Ibidem*, p. 384, nota de subsol 38.

³⁰ Craig, Park and Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, ed. a 3-a, 2000, paragr. 9.01, p. 127 și urm.

³¹ Karrer P., *Pathological Arbitration Clauses*, în *The International Practice of Law, Liber Amicorum for Thomas Bär and Robert Karrer*, Ed. Vogt et al. 1997, p. 109, 114. În același sens și Sentința nr. 30 din 1997 a cărei acțiune în anulare a fost respinsă ca nefondată prin Decizia nr. 1948 din 18 mai 1999, CSJ, Secția comercială, publicată în *Buletinul jurisprudenței, Culegere de decizii pe anul 1999*, p. 318. În același sens și Curtea de Apel București, Secția comercială, Decizia nr. 1334 din 8 mai 2000, prin care s-a respins acțiunea în anulare a hotărârii CACCIR nr. 133 din 27.08.1999. În speță, prin clauza compromisorie, s-a prevăzut că, în caz de neînțelegere, se va apela la „Arbitrajul de Stat”. Dar Curtea

de Arbitraj (CACCIR) a considerat valabilă clauza, acțiunea în anulare a fost respinsă ca nefondată și instanța supremă a găsit în recursul pe care l-a respins că „Arbitrajul de Stat a fost într-adevăr desființat din anul 1985, încât în anul 1991, când s-a perfectat contractul, părțile nu puteau alege o instituție care își încetase activitatea de 5 ani, ci rezultă cu evidență că au avut în vedere arbitrajul instituționalizat, organizat de CACCIR”, căci „dacă în intenția părților era ca litigiul să fie soluționat de instanța de drept comun, cum susține recurenta, nu mai însciau în contract clauza compromisorie”, dând efect clauzei arbitrale și admitând astfel competența jurisdicției arbitrale.

³² Townsend J.M., *Drafting Arbitration Clauses: Avoiding the 7 Deadly Sins*, p. 36.

³³ Eisemann F., *La clause d'arbitrage pathologique*, p. 160.

³⁴ Art. 12(2) din Regulile ICC.

³⁵ Art. 17(2) din Regulile VIAC.

³⁶ Paulsson J., Rawding N., Reed L., Schwartz E., *The Freshfield Guide to Arbitration and ADR, Clauses in International Contracts*, ed. a 2-a, Ed. Kluwer Law International, 1999; Friedland P.D., *Arbitration Clauses for International Contracts*, Ed. Juris Publishing, 2000; Bond G.B., *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, ed. a 2-a, Kluwer Law International, 2006; Bizar S.E., Weiner P.D., *Drafting International Arbitration Clauses To Avoid Unnecessary Disputes and Confusion*, Mealey's International Arbitration Report, vol. 19, no. 9, September 2004; M. Huleatt-James, N. Gould, *International Commercial Arbitration – A Handbook*, Ed. LLP (Legal and Business Publishing Division) 1996, cap.2, dedicat convenției arbitrale, p. 25 și urm.; Blessing M., *Drafting Arbitration Clauses*, *The American Review of International Arbitration*, 1994 vol. 5, p. 54-83; Blessing M., *The Arbitration Agreement, High-lights on Critical Issues in Law and Practice*, raport prezentat în sesiunea de dimineață din 22 iunie 1994 la Conferința de arbitraj comercial internațional de la Beijing, China 21-23 iunie 1994; Park W.W., *When and Why Arbitration Matters*, partea a V-a *Drafting the Clause*, în volumul *The Commercial Way to Justice* (The 1996 International Conference of the Chartered Institute of Arbitrators), Ed. Kluwer Law International, 1996, p. 96-97 (73-99); Park W.W., *The Arbitration Clause: Drafting Considerations*, în volumul *Arbitration of International Business Disputes, Studies in Law and Practice*, Ed. Oxford University Press, 2006, p. 377-388.

³⁷ De exemplu, în cazul aplicării Regulilor arbitrale ICC, hotărârea înainte de a fi pronunțată suferă un proces de scrutin, de verificare de către secretariat, ce se îndeplinește înainte de a fi trimisă părților spre comunicare.

³⁸ Deși și acestea pot uneori conferi ambiguități de interpretare, dacă nu sunt deslușit și explicit exprimate elementele de bază ale unei clauze arbitrale, care să acopere cele patru ale lui Eisemann, amintite mai sus, sau cele trei amintite la paragraful destinat redactării convenției arbitrale (Craig, Park, Paulsson) și care vizează acoperirea tuturor litigiilor în legătură cu contractul prin soluționarea definitivă pe calea arbitrajului în baza unui anumit set de reguli precis și corect determinate.

³⁹ http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_27_October_2010_Arbitration_Clauses_Guidelines.aspx



RECUNOAȘTEREA ARBITRAJULUI CA FORMĂ A JUSTIȚIEI PRIVATE ÎN MATERIE CIVILĂ ȘI COMERCIALĂ

Iurie MIHALACHE,

doctor în drept, lector superior
(USPEE „Constantin Stere”)

Considerații generale. În afară de instituțiile statale, care soluționează litigii prin aplicarea puterii de constrângere, există un spectru larg de alte mecanisme de soluționare a disputelor care nu implică autoritatea statului, precum arbitrajul, medierea, concilierea etc., – mecanisme asociate în literatura de specialitate cu noțiunea de „justiție privată” (sau *soluționare alternativă a litigiilor*).

Spre deosebire de procedura judiciară, arbitrajul este o *procedură nestatală*. Atunci când părțile recurg la arbitraj, acestea înțeleg să scoată de sub jurisdicția instanțelor naționale soluționarea litigiilor survenite între ele. Există diverse motive care pot determina părțile să opteze pentru această modalitate alternativă de soluționare a litigiilor.

Este cunoscut faptul că în țările cu economie de piață bine dezvoltată, cca 80-90% din procesele comerciale, ce decurg din executarea unui contract, se soluționează pe cale arbitrală¹, aceasta deoarece judecarea unui proces comercial apelând la instanțele de drept comun ar dura ani de zile, datorită procedurilor greoaie și multiplelor grade de jurisdicție. Printre avantajele majore ale arbitrajului se numără, în primul rând, confidențialitatea, dar și profesionalismul arbitrilor, judecarea mai rapidă, mai puțin formală și mai suplă a cauzelor. Toate acestea fac din arbitraj o modalitate privilegiată de soluționare a litigiilor.

Noțiunea de „arbitraj comercial internațional” se folosește în mai multe sensuri. În primul rând, această noțiune reprezintă un mecanism de soluționare a litigiilor, care rezultă din raporturile comerciale internaționale. În al doilea rând, noțiunea de „arbitraj comercial internațional” semnifică acel organ, care este înființat cu scopul soluționării litigiilor comerciale internaționale. Un astfel de organ poate fi permanent (instituționalizat) sau format pentru soluționarea unui litigiu concret (*ad-hoc*). În al treilea rând, „arbitrajul comercial internațional” semnifică componentele arbitrajului: unul sau mai mulți arbitri².

Definiția legală a arbitrajului este reflectată în art.2 alin.(1) din Legea cu privire la arbitrajul comercial internațional nr.24/2008³. Arbitrajul este redat ca fiind o cale alternativă de soluționare a litigiilor atât de către arbitri numiți pentru fiecare caz aparte (arbitraj *ad-hoc*), cât și de către instituții permanente de arbitraj. În ce ne privește, în temeiul definițiilor expuse cu privire la arbitraj, considerăm necesar a acorda o definire proprie acestei instituții, și anume: *arbitrajul*

este o metodă de soluționare a disputelor cu implicarea unei/unor terțe persoane neutre, independente și imparțiale, desemnate, de regulă, de părțile în litigiu, investite cu autoritatea de a emite o decizie obligatorie pentru părți.

Particularitățile arbitrajului. Din definițiile acordate instituției arbitrajului, se deduc următoarele elemente-cheie: (a) arbitrajul este o procedură de soluționare a disputelor; (b) arbitrii sunt persoane terțe neutre, independente și imparțiale; (c) arbitrii sunt desemnați de părți sau prin modalitatea convenită de părți; (d) arbitrii emit o decizie obligatorie pentru părți.

Arbitrajul diferă de procesul judiciar în fața unei instanțe de judecată. În primul rând, arbitrajul este un proces voluntar accesat de comun acord de părțile în litigiu, spre deosebire de procesul judiciar care este inițiat prin acțiunea unilaterală a unei părți. În al doilea rând, părțile dețin un control consistent asupra procedurii arbitrale, în timp ce procesul judiciar este unul prestabilit prin lege. În al treilea rând, prin contractul semnat, părțile prevăd recurgerea la arbitraj, stipulând persoana sau instituția investită cu dreptul de adjudecare, ceea ce presupune și obligația părților de a se supune hotărârii arbitrale. În al patrulea rând, spre deosebire de instanțele de judecată, arbitrii nu au atribuții de constrângere.

Instituția arbitrajului se caracterizează printr-o serie de trăsături distincte. Ea se manifestă ca o formă a procedurii civile. Instanțele de judecată nu pot interveni arbitrar în procedura arbitrală. Autoritatea arbitrului rezidă în voința comună a părților exprimată în convenția arbitrală. Prin mandatul delegat voluntar de către părți, arbitrii îndeplinesc funcțiile unei instanțe de judecată, iar hotărârile arbitrale sunt investite cu autoritatea lucrului judecat, ceea ce împiedică părțile să recurgă la arbitraj/judecată cu privire la același litigiu. Mai mult decât atât, întru respectarea voinței părților de a investi un arbitru cu autoritatea de a adjudeca cauza lor, instanțele de judecată nu pot interveni decât în cazuri strict delimitate prin lege. Subliniem și faptul că audierea cazului de către arbitri nu constituie o renunțare la apărarea dreptului garantată prin lege, ci doar reprezintă un transfer de autoritate de la instanțele de judecată către arbitrii aleși, cu reținerea de către stat a unor atribuții de supraveghere a modului în care părțile au beneficiat de protecție.

În statele postsocialiste, arbitrajul comercial a fost



aplicat în trecut preponderent în litigiile internaționale, după care a fost legiferat, inclusiv în Republica Moldova, pentru un spectru larg de litigii civile/comerciale. În prezent, medierea/concilierea este tot mai larg acceptată și în spațiul ex-sovietic, deși aplicarea practică a acestui mecanism rămâne a fi restrânsă.

Luând ca punct de reper modul de reglementare a instituției arbitrajului în Codul civil, Republica Moldova se deosebește de alte state ex-sovietice. Lipsa unor prevederi clare în Codul civil al RM la acest capitol determină necesitatea modificării pe viitor a unui șir de norme. Astfel, în virtutea art.10 din Codul civil, apărarea drepturilor civile încălcate se face pe cale judiciară. Pentru comparație, aducem ca exemplu norma similară din Codul civil al Federației Ruse, care include arbitrajul în cercul organelor de jurisdicție abilitate să dispună asupra drepturilor civile, toate fiind unificate prin noțiunea de "суд" (art.11).

Vedem astfel că CC RM diminuează substanțial funcționalitatea arbitrajului prin eliminarea jurisdicției arbitrale. Lipsa reglementărilor privind arbitrajul din CC RM afectează, în mod special, dreptul părților în procedura arbitrală de a beneficia de facilități în raport cu prescripția extinctivă pe care le regăsim în legislația civilă a altor state (Germania, Estonia, Lituania). Un exemplu care necesită a fi luat în considerație de către legiuitorul din Republica Moldova sunt normele privind prescripția extinctivă din Codul civil al României care operează cu noțiuni precum: „organ de jurisdicție”, „cerere de arbitrare”, „hotărâre arbitrală”. Datorită unor astfel de expresii legale, acțiunii arbitrale i se atribuie aceleași efecte ca și acțiunii depuse în instanța de judecată. În acest sens, urmează a se ține cont și de Directiva 2008/52/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 21 mai 2008 privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială⁴ care impune crearea condițiilor pentru implementarea clauzelor arbitrale în legislația civilă.

Instituția de arbitraj. Importanța reglementărilor privind constituirea și funcționarea instituțiilor de arbitraj nu trebuie subestimată. Deficiențele în funcționarea instituțiilor arbitrale compromit credibilitatea arbitrajului, afectează direct drepturile părților care au contrasemnat clauza/convenția arbitrală.

Legea cu privire la arbitraj nr.23/2008 nu conține reglementări ce țin de organizarea și funcționarea instituțiilor permanente de arbitraj. Legea prevede doar că arbitrajul poate fi instituționalizat ca organ permanent pe lângă camere de comerț, burse, uniuni, asociații sau alte organizații și funcționează în baza unor regulamente. Faptul instituționalizării urmează a fi comunicat Curții Supreme de Justiție. Nu pot fi create arbitraje pe lângă autoritățile administrației publice centrale și locale.

Potrivit art.36 alin.(2) din Legea cu privire la arbitraj nr.23/2008, instituția permanentă de arbitraj depo-

zitează și păstrează dosarul în arhivele sale. La art.29 alin.(7) din lege este prevăzut că dosarul se păstrează la instituția permanentă de arbitraj. În același timp, legislația nu prevede modul de arhivare a dosarelor și transmitere a acestora la încetarea activității instituției. În cazul arbitrajului ad-hoc, potrivit Legii cu privire la arbitraj nr.23/2008, doar la cererea comună a părților, materialele dosarului cauzei arbitrale se depozitează, împreună cu originalul hotărârii arbitrale și cu dovezile de comunicare a hotărârii arbitrale, la instanța de judecată în a cărei circumscripție teritorială tribunalul arbitral își are sediul. Legea prevede transmiterea dosarului la instanța de judecată care ar fi fost competentă să decidă în cauză, dacă nu există convenția de arbitraj. Subliniem faptul că normele citate urmează a fi modificate astfel ca depozitarea dosarului să fie obligatorie.

Un alt aspect la care dorim să atragem atenția ține de faptul că în contextul deficiențelor care există, este necesară ajustarea reglementărilor legale privind funcționarea instituțiilor permanente de arbitraj, stabilirea unor cerințe suplimentare privind transparența activității de arbitrare, numărul minim al arbitrilor, publicarea obligatorie a regulamentelor instituțiilor arbitrale în *Monitorul Oficial* și/sau pe pagini Internet etc. Pentru a mobiliza efectuarea rapidă a unor astfel de schimbări, Ministerul Justiției ar trebui abilitat prin lege cu unele funcții de supraveghere a activității instituțiilor de arbitraj, în special al celor care vor administra litigii cu participarea persoanelor fizice.

Executarea hotărârilor arbitrale pronunțate în Republica Moldova. În conformitate cu prevederile art.28 alin.(6) din Legea cu privire la arbitraj nr.23/2008, hotărârea arbitrală remisă părților are efectele unei hotărâri judecătorești definitive. Legislația arbitrală nu conține alte prevederi care ar statua/recunoaște expres autoritatea de lucru judecat (*res judicata*) pentru hotărârea arbitrală, așa cum acest aspect este reglementat, spre exemplu în Franța, Cehia, Italia, Germania etc.

În schimb, efectele de hotărâre judecătorească definitivă a hotărârii arbitrale sunt recunoscute în Codul de procedură civilă al RM, și anume:

– art.19 alin.(1): d) *judecătorul refuză să primească cererea de chemare în judecată, dacă există o hotărâre a judecății arbitrale, obligatorie pentru părți, cu privire la litigiul dintre aceleași părți, asupra aceluiași obiect și având aceleași temeiuri, cu excepția cazurilor în care judecata a respins cererea de eliberare a titlului de executare silită a hotărârii judecății arbitrale sau a desființat hotărârea arbitrală;*

– art.265 alin.(1): e) *instanța judecătorească dispune încetarea procesului în cazul în care într-un litigiu între aceleași părți, cu privire la același obiect și pe aceleași temeiuri s-a emis o hotărâre arbitrală care a devenit obligatorie pentru părți, cu excepția*



cazului în care instanța refuză eliberarea titlului executoriu sau desființează hotărârea arbitrală.

Subliniem faptul că în Codul de procedură civilă al RM sunt prezente mai multe neconcordanțe. Astfel, prin compararea dispozițiilor art.485 privind refuzul de a elibera titlu executoriu cu temeiurile prevăzute la art.480 pentru desființarea hotărârii arbitrale, deducem că: lit.a) art.485 alin.(1) coincide cu lit.b) art.480 alin.(2) – convenția arbitrală este nulă în temeiul legii; lit.c) art.485 alin.(1) coincide cu lit.g) art.480 alin.(2) – litigiul nu este prevăzut de convenția arbitrală/nu se înscrie în condițiile convenției; lit.d) art.485 alin.(1) coincide, în principiu, cu lit.e) art.480 alin.(2) – componența arbitrajului/dezbaterile arbitrale neconforme cu convenția arbitrală sau cu legea; alin.(2) art.485 coincide cu lit.a) art.480 alin.(2) – litigiul examinat de arbitraj nu poate fi, potrivit legii, obiectul dezbaterii arbitrale; alin.(2) art.485 coincide cu lit.h) art.480 alin.(2) – hotărârea arbitrală încalcă principiile fundamentale ale legislației Republicii Moldova sau bunele moravuri; în art.485 nu se regăsesc dispozițiile de la lit.c) art.480 alin.(2) – hotărârea arbitrală nu cuprinde dispozitivul și temeiurile, locul și data pronunțării ori nu este semnată de arbitri, precum și dispozițiile de la lit.d) art.480 alin.(2) – dispozitivul hotărârii arbitrale cuprinde dispoziții care nu pot fi executate.

Ca rezultat al examinării paralele a dispozițiilor din Codul de procedură civilă al RM, constatăm mai mult coincidențe de reglementare. Se remarcă dublarea inutilă a temeiurilor prevăzute la art.485 pentru refuzul de a elibera titlul executoriu și temeiurile prevăzute la art.480 pentru desființarea hotărârii arbitrale. Existența unor liste separate, destul de extinse, de temeiuri pentru desființarea hotărârii arbitrale și pentru refuzul de a elibera titlul executoriu, instituie un sistem de verificare dublă a hotărârii arbitrale, ceea

ce diminuează avantajele recunoscute pentru instituția arbitrajului.

În pofida faptului că Codul de procedură civilă al RM conține mai mult neconcordanțe cu referire la arbitraj, în studiile de specialitate autohtone se susține că consolidarea reglementărilor privind arbitrajul în Codul de procedură civilă prezintă mai multe avantaje⁵, deoarece permite intercalarea coerentă a normelor privind arbitrajul cu normele procesuale, ceea ce ridică gradul de certitudine în reglementare. Apropierea normelor arbitrale de normele de procedură civilă fortifică arbitrajul, diminuează perceperea acestei instituții drept substituent inferior al sistemului judecătoresc, contribuie la aplicarea eficientă a normelor de către instanțele de judecată, pentru care anume Codul de procedură civilă este principalul instrument legal în exercitarea actului de justiție.

Note:

¹ Babiuc V., *Dreptul comerțului internațional*, Atlas Lex, București, 1994, p.163-164.

² Карабельников Б.Р., *Международный коммерческий арбитраж: Учебник*, изд. 2-е, Инфотропик Медиа, Москва, 2012, p.24.

³ *Legea cu privire la arbitrajul comercial internațional*, nr.24 din 22.02.2008 // *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2008, nr.88-89.

⁴ Directiva 2008/52/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 21 mai 2008 privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială // *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene* J 136/3 din 24.05.2008.

⁵ Guțu Zinaida, *Studii privind funcționarea instituției arbitrajului în Republica Moldova. Studiul II. Consolidarea cadrului legal privind arbitrajul în Republica Moldova*, Chișinău, 2012, p.24.



ARBITRAJUL AD-HOC

Lilia GRIBINCEA,

doctor în drept, conferențiar universitar,
arbitru (USM)

După cum cunoaștem, arbitrajul comercial internațional poate fi instituționalizat și *ad-hoc*. Practica relațiilor comerciale internaționale demonstrează că majoritatea litigiilor în comerțul internațional sunt încredințate spre soluționare instituțiilor permanente de arbitraj.

De-a lungul anilor, arbitrajul comercial internațional a cunoscut o evoluție spectaculoasă. Importanța și eficiența arbitrajului comercial internațional au fost recunoscute atât de organisme internaționale, de doctrinari, cât și de comercianții din întreaga lume, care transmit litigiile ce apar din contractele comerciale internaționale spre soluționare unei instanțe de arbitraj.

Conform Convenției Europene de arbitraj comercial internațional, adoptată la Geneva la 21.04.1961 (în continuare – Convenția de la Geneva)¹, prin arbitraj se înțelege soluționarea litigiilor nu numai de către arbitri numiți pentru cazuri determinate (arbitraj *ad-hoc*), dar și de către instituții permanente de arbitraj.

Unii autori² definesc arbitrajul comercial internațional ca fiind mijlocul prin care un litigiu sau mai multe litigii ce vor apărea în viitor pot fi soluționate definitiv de o persoană neinteresată și nonguvernamentală.

Alți autori³ definesc arbitrajul comercial internațional ca fiind o instituție juridică pentru soluționarea litigiilor ce apar în cadrul relațiilor comerciale internaționale de către persoane investite cu această sarcină chiar de către părțile contractante aflate în litigiu.

Sunt evidențiate⁴ următoarele două elemente definitorii ale arbitrajului: arbitrajul are o origine contractuală, iar funcția arbitrajului este una jurisdicțională. În general, convenția de arbitraj constituie baza pentru soluționarea unui litigiu pe calea arbitrajului. Convenția de arbitraj poate fi exprimată sub forma unei clauze compromisorii, inserate într-un contract, sau sub forma unui compromis.

Convenția de la Geneva definește⁵ convenția de arbitraj fie o clauză compromisorie înscrisă într-un contract, fie un compromis, contractul sau compromisul fiind semnate de părți sau conținute într-un schimb de scrisori, de telegrame sau de comunicări prin telex și, în raporturile dintre țări ale căror legi nu impun forma scrisă pentru convenția de arbitraj, orice convenție încheiată în formele permise de aceste legi.

Legea Model UNCITRAL privind arbitrajul comercial internațional din 1985, așa cum a fost modificată prin Rezoluția 61/33 din 4.12.2006, definește⁶ convenția de arbitraj ca fiind acordul prin care părțile supun arbitrajului toate litigiile sau anumite litigii care au apărut sau care ar putea să apară între ele cu

privire la un raport juridic determinat, contractual sau necontractual. O definiție similară întâlnim și în Legea nr.24-XVI din 22.02.2008⁷.

Atât Convenția de la Geneva⁸, cât și Convenția pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine adoptată la New York la 10.06.1958⁹ (în continuare – Convenția de la New York), precum și legislațiile naționale ale statelor consacră și arbitrajul *ad-hoc*, și arbitrajul instituționalizat.

Astfel, conform Convenției de la Geneva¹⁰, părțile la o convenție de arbitraj sunt libere să prevadă:

a) că litigiile lor vor fi supuse unei instituții permanente de arbitraj; în acest caz, arbitrajul se va desfășura în conformitate cu Regulamentul instituției desemnate, sau

b) că litigiile lor vor fi supuse unei proceduri arbitrale *ad-hoc*; în acest caz, părțile vor avea în special facultatea:

i) de a desemna arbitrii sau de a stabili modalitățile potrivit cărora vor fi desemnați arbitrii în caz de litigiu;

ii) de a determina locul arbitrajului;

iii) de a fixa regulile de procedură pe care le vor urma arbitrii.

Conform Legii Republicii Moldova cu privire la arbitrajul comercial internațional nr.24-XVI din 22.02.2008¹¹ (în continuare – Legea nr.23-XVI din 22.02.2008), arbitrajul constituie o cale alternativă de soluționare a litigiilor atât de către arbitri numiți pentru fiecare caz aparte (arbitraj *ad-hoc*), cât și de către instituții permanente de arbitraj.

În Republica Moldova, conform Legii nr.23-XVI din 22.02.2008¹², arbitrajul instituționalizat poate fi ca organ permanent pe lângă camere de comerț, burse, uniuni, asociații sau alte organizații, unde funcționează în baza unor regulamente adoptate de acestea, faptul instituționalizării urmând să fie comunicat Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova. Nu pot fi create arbitraje pe lângă autoritățile administrației publice centrale și locale.

Potrivit Convenției de la New York¹³, prin sentințe arbitrale se înțeleg nu numai sentințele date de către arbitri numiți pentru cazuri determinate, dar și acelea care sunt date de către organe de arbitraj permanente cărora părțile li s-au supus.

Arbitrajul comercial internațional *ad-hoc* este caracterizat¹⁴ drept modalitatea tradițională, fiind organizat de părți și funcționând în vederea soluționării unui litigiu determinat, existența lui încetând odată cu pronunțarea hotărârii.



*Printre avantajele arbitrajului ad-hoc pot fi menționate următoarele*¹⁵:

➤ arbitrajul *ad-hoc* poate fi adaptat, conform voinței părților și circumstanțelor particulare ale litigiului;

➤ flexibilitatea acestui gen de arbitraj îl face adaptabil și pentru soluționarea unor litigii în care una dintre părți este un stat. Importante litigii apărute în legătură cu concesiuni petroliere, naționalizări etc. au fost soluționate în arbitraje *ad-hoc*;

➤ în arbitrajul *ad-hoc*, fiecare tribunal este complet izolat și dă explicații doar părților, hotărârea fiind supusă totuși controlului judiciar;

➤ gradul de confidențialitate este sporit, de aceea el are și va avea un rol sporit în materie internațională. În acest sens, unii autori sunt de altă părere¹⁶, susținând că viitorul arbitrajului constă în instituționalizarea lui și că asistăm la declinul arbitrajului *ad-hoc*, redus la rolul de rudă săracă, alături de arbitrajul instituționalizat;

➤ contractul de arbitraj este negociabil între părți și arbitri în privința onorariilor arbitrilor, răspunderii acestora etc.

În literatura de specialitate¹⁷, se menționează că beneficiul flexibilității arbitrajului *ad-hoc* poate să fie evidențiat totuși în cazul arbitrajului *ad-hoc*, numai în situația în care părțile și avocații care le reprezintă cooperează în scopul organizării arbitrajului și dispun de cunoștințe juridice aprofundate. În caz contrar, manevrele dilatorii ale pârâtului pot să afecteze constituirea tribunalului arbitral și desfășurarea corespunzătoare a arbitrajului.

Convenția de la Geneva¹⁸ conține prevederi și pentru situația în care una dintre părți se eschivează de la desemnarea arbitrului. Astfel, potrivit reglementării, dacă părțile au înțeles să supună reglementarea litigiilor lor unui arbitraj *ad-hoc* și dacă într-un termen de 30 de zile de la data notificării cererii de arbitraj de către pârât, una dintre părți nu și-a desemnat arbitrul său, acesta va fi desemnat, dacă nu există înțelegere contrară, la cererea celeilalte părți, de către președintele Camerei de Comerț competente a țării în care partea în culpă are, în momentul introducerii cererii de arbitraj, reședința sa obișnuită sau sediul. În lipsa unui acord între părți asupra desemnării arbitrului unic sau în lipsa acordului între arbitri asupra măsurilor de luat, reclamantul va putea să se adreseze, pentru luarea acestor măsuri, dacă părțile au hotărât locul arbitrajului, la alegerea sa, fie președintelui Camerei de Comerț competente a țării unde se află locul ales de părți, fie președintelui Camerei de Comerț competente a țării în care pârâtul își are, în momentul introducerii cererii de arbitraj, reședința sa obișnuită sau sediul său; dacă părțile nu s-au înțeles asupra locului arbitrajului, reclamantul se va putea adresa, la alegerea sa, fie președintelui Camerei de Comerț competente

a țării în care pârâtul își are, în momentul introducerii cererii de arbitraj, reședința sa obișnuită sau sediul său, fie Comitetului Special a cărui compunere și modalitate de funcționare sunt determinate prin anexa la Convenție. Dacă reclamantul nu-și exercită aceste drepturi, ele vor putea fi exercitate de către pârât sau de către arbitri.

Arbitrajul *ad-hoc* nu se desfășoară sub auspiciile sau supravegherea unei instituții de arbitraj. O convenție de arbitraj privind soluționarea litigiului de către un arbitraj *ad-hoc* va conține numele arbitrului/arbitrilor care va/vor soluționa eventualele litigii sau vor fi stabilite modalitățile potrivit cărora vor fi desemnați arbitrii în caz de litigiu, iar părțile, în majoritatea cazurilor, vor selecta un set preexistent de reguli de procedură după care se va desfășura arbitrajul *ad-hoc*.

Deși arbitrajul *ad-hoc* este mai flexibil și mai puțin costisitor, practicienii cei mai experimentați din întreaga lume preferă caracterul structurat și previzibil al arbitrajului instituționalizat, precum și beneficiile regulilor de procedură ale curților permanente de arbitraj.

Subliniind evoluția arbitrajului instituționalizat în ultimele decenii, unii autori au menționat¹⁹ că practica demonstrează o evoluție, care nu este în armonie cu principiul proclamat, după care voința părților este temelia oricărui arbitraj. Alegerea directă de către părți a arbitrilor și a procedurii devine tot mai rară, pentru că peste tot în lume au fost create și se dezvoltă centre permanente de arbitraj care administrează imensa majoritate a arbitrajelor, iar avantajul arbitrajului *ad-hoc* ținând de încrederea personală pe care părțile o au în arbitrii pe care i-au ales în mod direct dispare, apărând, în același timp, riscurile unei administrări anonime și greoaie a jurisdicției private care este arbitrajul.

Cu respect pentru autorii citați, considerăm că și în cazul arbitrajului instituționalizat părțile în litigiu sunt în drept să desemneze arbitrii din lista curții de arbitraj comercial internațional la care urmează să fie soluționat litigiul, iar regulile de procedură arbitrală ale curților de arbitraj prevăd dreptul părților în litigiu de a stabili regulile de procedură pe care le vor urma arbitrii, locul desfășurării arbitrajului, limba în care se va desfășura procedura arbitrală. Regulamentele unor curți de arbitraj comercial internațional prevăd că părțile, în anumite condiții, pot desemna în calitate de arbitri și persoane care nu sunt incluse în lista arbitrilor.

Arbitrajul instituționalizat este, din perspectivă cronologică, copilul arbitrajului *ad-hoc*, dar odată cu apariția sa se poate vorbi de o profesionalizare a arbitrajului și a arbitrilor. Și totuși arbitrajul instituțional nu se va putea substitui arbitrajului *ad-hoc* pentru că, așa cum s-a arătat²⁰, dacă există colaborarea, diferența dintre un arbitraj *ad-hoc* și un arbitraj instituțional



este la fel ca și diferența dintre un costum făcut la comandă și un costum cumpărat gata.

După cum menționează unii autori²¹, caracterul permanent al arbitrajului nu suprimă caracterul temporar al tribunalului arbitral, el fiind format, cu ajutorul structurilor administrative permanente, numai pentru soluționarea unui anumit litigiu. De aceea se spune că orice arbitraj este în realitate un arbitraj *ad-hoc*. Trebuie reținut, totodată²², că o asemenea instituție arbitrală nu soluționează ea însăși litigiul, această atribuție revenind exclusiv tribunalului arbitral. Ea se limitează la organizarea sau administrarea arbitrajului din împuternicirea părților și potrivit voinței lor. Așa fiind, întocmai ca și arbitrajul *ad-hoc*, arbitrajul instituțional este un arbitraj voluntar, nu obligatoriu.

De exemplu, Regulile de Arbitraj ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera Internațională de la Paris, în vigoare de la 1.01.2012²³ dispun²⁴: Curtea nu soluționează ea însăși litigiul, dar numai administrează procesul soluționării litigiului de către tribunalul arbitral în conformitate cu prevederile Regulilor de Arbitraj. Și Regulile de Procedură Arbitrală ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României²⁵ prevăd²⁶: Curtea de Arbitraj organizează și administrează soluționarea litigiilor interne și internaționale, pe calea arbitrajului instituționalizat sau *ad-hoc*, dacă părțile au încheiat, în acest sens, o convenție arbitrală scrisă și solicită acest lucru în mod expres.

În concluzie, ținem să precizăm că, indiferent dacă este un arbitraj *ad-hoc* sau instituțional, acesta fiind convențional prin origine, se bazează pe convenția de arbitraj încheiată între părți. Recomandăm părților să recurgă la soluționarea litigiilor de către arbitraje *ad-hoc* doar atunci când sunt gata să coopereze pentru soluționarea litigiului și să desemneze în calitate de arbitri persoane competente, în care au încredere și care cunosc prevederile convențiilor internaționale pertinente, regulile de procedură arbitrală, conținutul hotărârii arbitrale, astfel încât să nu existe dificultăți la executarea hotărârii arbitrale și să nu existe temei pentru anularea acesteia.

Note:

¹ Art.1 pct.2) lit.b).

² Hiramoto, *International Tax and Business Law, a Path to Resources on International Commercial Arbitration*, New York, 1986, p.297.

³ Popescu T.R., *op. cit.*, 1983, p.352-353.

⁴ Deleanu Ion și Deleanu Sergiu, *Arbitrajul intern și internațional*, Rosetti, București, 2005, p.9.

⁵ Art.I pct.2) lit.a).

⁶ Art.7.

⁷ Art.7 alin.(1).

⁸ Art.I pct.2), lit.b).

⁹ http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf, accesat la 7.05.2014.

¹⁰ Art.IV pct.1).

¹¹ Art.2 alin.(1).

¹² Art.6 alin.(2).

¹³ Art.I alin.(2).

¹⁴ Homotescu Gabriel, *Litigii patrimoniale. Soluționarea pe calea arbitrajului*, Lumina Lex, București, 1999, p.28.

¹⁵ Roș Viorel, *Arbitrajul comercial internațional*, Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 2000, p.40.

¹⁶ Băcanu Ion, *Renașterea arbitrajului ad-hoc // Dreptul*, 1991, nr.9, p.12.

¹⁷ Deleanu Ion și Deleanu Sergiu, *op. cit.*, p.331.

¹⁸ Art.IV pct.2) și pct.3).

¹⁹ Fouchard Philippe, Gaillard Emmanuel et Goldman Berthold, *Traité de L'arbitrage commercial international*, Editions Litec, 1996, p.36.

²⁰ Redfern A., Hunter M., Smith M., et Robine E., *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1994, p.46.

²¹ Babiuc Victor, *Dreptul comerțului internațional: Note de curs*, Atlas Lex, București, 1994, p.176.

²² Băcanu Ion, *Noua reglementare a arbitrajului în Codul de procedură civilă roman // Dreptul*, 1994, nr.1, București, 1994, p.14.

²³ <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration>, accesat la 26.03.2014.

²⁴ Art.1 pct.2).

²⁵ Publicate în *Monitorul Oficial al României*, Partea I, nr.184/2 din 2.04.2013.

²⁶ Art.4 alin.(1).



ARBITRUL ȘI JUDECĂTORUL. DIFERENȚIERI STATUTARE

Tatiana NOVAC,
doctorand
(USM)

Interesul sporit pentru statutul judecătorului ne determină să apelăm la metoda comparativă, în scopul evidențierii diferențelor dintre statutul judecătorului și al arbitrului. Justiția privată, reprezentantul căreia apare și ca arbitru, creează impresia de prioritate în coraport cu justiția în manifestarea sa de serviciu public, al cărei reprezentant este judecătorul. Diferențele statutare, ce urmează a fi evidențiate, acordă posibilitatea clarificării certe în deosebirile, prioritățile și riscurile ce caracterizează aceste profesii în manifestarea eficienței a funcționalității lor. Studiul în cauză ne-a determinat spre efectuarea inițială a unei caracteristici succinte a statutului judecătorului național cu cerințe de integritate, imparțialitate și independență în condițiile unei justiții consolidate¹. Identificarea justiției în calitate de serviciu public impune o anumită structură și conținut statutului judecătorului, caracterizat prin aceste principii tradiționale. Statutul arbitrului în caracteristica sa invocă o analiză mai detaliată, în scopul de a dezvălui esența arbitrajului, a normelor definitorii ce stau la originea organizării și funcționării acestui fenomen juridic general recunoscut. Reglementările naționale, cu referință la statutul judecătorului și arbitrului, sunt următoarele – Legea cu privire la statutul judecătorului² și Legea cu privire la arbitraj³.

Statutul judecătorului, prin ansamblul său de drepturi subiective și obligațiuni juridice, este determinat de un sistem complex de norme juridice de origine internațională și națională. Dacă reglementările juridice internaționale identifică și caracterizează acele norme-principii ce reflectă esența socială a justiției în ansamblu, atunci reglementările juridice naționale au destinația de a confirma valabilitatea principiilor enunțate la nivel internațional și detalierea unui ansamblu de proceduri orientate spre realizarea acestor principii. Atenția deosebită, acordată statutului judecătorului, este argumentată prin faptul că aceasta este figura principală în realizarea justiției în calitatea sa de serviciu public. Justiția în calitatea sa de serviciu public este realizată în persoana judecătorului în cadrul instanțelor de drept comun și al celor specializate, determinate de către legislator. Într-o accentuată esență, serviciul public al justiției este unul dintre principalele, acordate nemijlocit de

către puterea de stat printr-o expresie de ramură a structurii sale trihotomice. Astfel, ne convingem că multitudinea serviciilor publice, caracteristice interacțiunii stat-societate la etapa contemporană nu diminuează cu nimic expresia axiologică a serviciului public al justiției. Dimpotrivă, anume prin intermediul justiției, percepută în calitate de serviciu public, este asigurată într-o expresie complexă și eficientă comunicarea dintre puterea statală și societate. În această ipostază, justiția denotă legitimitatea puterii și legalitatea activității ei. Astfel, valoarea socială a justiției argumentează și interesul de reglementare normativ-juridică a statutului judecătorului. În context, se argumentează și necesitatea instruirii profesional-juridice a judecătorului. Esența realizării justiției în manifestarea sa de serviciu public constă în aplicarea corectă a normelor juridice atât în situațiile de soluționare a litigiilor, cât și în situațiile de constatare a unor fapte juridice. Expresia valorică a instanțelor specializate constă în interesul accentuat al puterii și societății de a acorda o calitate actului de justiție referitoare la anumite raporturi juridice. Așadar, pregătirea judecătorului dintr-o instanță specializată invocă o specializare teoretico-practică profundă în anumite domenii de aplicare a dreptului.

Complexitatea raporturilor juridice, caracteristice societății contemporane, prezumă și o diversitate accentuată de proceduri, și o complexitate de norme juridice diverse, specifice fiecărei proceduri în parte. Astfel, judecătorul de drept comun, în activitatea sa de soluționare a cauzelor, este determinat a demonstra cunoștințe teoretico-practice complexe, de natură și esență diferită. Serviciul public al justiției este unul „dat” și nu „luat”, din considerentul că justițiabilul nu alege, de regulă, instanța și, evident, nu alege judecătorul. Există norme juridice orientate spre protejarea imparțialității judecătorului.

Arbitrul nu este un magistrat de profesie. Judecata cu arbitri sau arbitrajul, deși urmărește aceleași obiective de dreptate și echitate caracteristice justiției, nu se înglobează în serviciul public respectiv. Arbitrajul nu este o instanță judecătorească în deplinul sens al expresiei, nefiind percepută în calitate de justiție publică. Arbitrajul este expresia practică a așa-numitei justiții private. Pentru o claritate ex-



presă, ne referim la interpretarea noțiunii de „arbitraj” în legislația națională. Astfel, în art. 2 „Noțiuni principale” al Legii Republicii Moldova cu privire la arbitraj se menționează: „arbitraj – cale alternativă de soluționare a litigiilor atât de către arbitri numiți pentru fiecare caz aparte (arbitraj ad-hoc), cât și de instituții permanente de arbitraj...”⁴. Decizia de organizare a arbitrajului este bazată pe expresia de voință a potențialilor justițiabili, care, din anumite considerente, se străduie să evite atât jurisdicțiile și sistemele de drept naționale, cât și anumite taxe. Drept rezultat, părțile economisesc timpul și beneficiază de o justiție calificată. Într-o continuitate de abordare, ne referim la aceeași lege⁵ pentru a ne determina cu referință la noțiunea de „arbitru”, reflectată în alin. (1) art. 11 „Arbitrii”: „Poate fi arbitru orice persoană fizică având capacitate deplină de exercițiu, care și-a dat consimțământul să arbitreze și care, după părerea părții în cauză, este competentă în a soluționa litigiul”. O noțiune similară este reflectată în art. 2 „Noțiuni principale”: „arbitru – persoana fizică numită de părți sau numită în modul stabilit de părți pentru soluționarea prin arbitraj al litigiului”. Particularitățile arbitrajului în coraport cu justiția în expresia sa de serviciu public sunt următoarele: a) o competență îngustă, foarte specializată; b) absența unor norme juridice impuse; c) este o autoritate recunoscută de către părțile litigiului, la faza semnării contractului de către părți; d) autoritatea arbitrajului nu este asigurată de puterea de stat, dar datorită corectitudinii și echității hotărârilor emise.

Competența îngustă, foarte specializată. Asemenea particularitate a arbitrajului este reflectată chiar în definițiile atribuite acestei instituții de natură privată. *Persoanele care au capacitatea deplină de exercițiu al drepturilor pot conveni să soluționeze pe calea arbitrajului litigiile patrimoniale dintre ele, în afară de acelea care privesc drepturi asupra cărora legea nu permite a se face tranzacție. Arbitrajul poate fi încredințat, prin convenția arbitrală, uneia sau mai multor persoane, investite de părți sau în conformitate cu acea convenție să judece litigiul și să pronunțe o hotărâre definitivă și obligatorie pentru ele. Arbitrul unic sau, după caz, arbitrii investiți constituie, în sensul dispozițiilor de față, tribunalul arbitral. Arbitrajul se organizează și se desfășoară potrivit convenției arbitrale. Sub rezerva respectării ordinii publice sau a bunelor moravuri, precum și a dispozițiilor imperative ale legii, părțile pot stabili prin convenția arbitrală sau prin act scris încheiat ulterior, fie direct, fie prin referire la o anumită reglementare având ca obiect arbitrajul, normele pri-*

*vind constituirea tribunalului arbitral, numirea, revocarea și înlocuirea arbitrilor, termenul și locul arbitrajului, normele de procedură pe care tribunalul arbitral trebuie să le urmeze în judecarea litigiului, inclusiv procedura unei eventuale concilierii prealabile, repartizarea între părți a cheltuielilor arbitrale, conținutul și forma hotărârii arbitrale și, în general, orice alte norme privind buna desfășurare a arbitrajului. În lipsa unor asemenea norme, tribunalul arbitral va putea reglementa procedura de urmat așa cum va socoti mai potrivit. Dacă nici tribunalul arbitral nu a stabilit aceste norme, se vor aplica dispozițiile ce urmează. Părțile pot conveni ca arbitrajul să fie organizat de o instituție permanentă de arbitraj sau de o terță persoană*⁶.

O definiție similară se percepe și în situația arbitrajului internațional. Prin „arbitraj internațional” se înțelege modul de reglementare a diferendelor internaționale, în care părțile, printr-o convenție formală, se supun deciziei unei terțe părți în urma unei proceduri contencioase din care rezultă o hotărâre definitivă și obligatorie. Scopul arbitrajului este acela de a hotări pe baza aplicării regulilor convenite anterior de părți și a dreptului internațional, soluționarea într-un anumit mod a conflictului ivit între ele. Părțile contractante preferă arbitrajul comercial pentru: simplitatea procedurii, caracterul confidențial al dezbaterilor, cheltuieli de arbitrare reduse, rapiditatea rezolvării, specializarea arbitrilor, posibilități egale de informare pentru ambele părți cu privire la procedura de urmat și alegerea arbitrilor. În litigiile comerciale internaționale, se aplică atât regulile Curții de Arbitraj române, cât și prevederile convențiilor internaționale la care România este parte. Părțile au libertatea să opteze fie pentru regulile Curții de Arbitraj, fie pentru Regulamentul de arbitraj al Curții Națiunilor Unite pentru dreptul comercial internațional UNCITRAL⁷.

Conceptul de „arbitraj comercial internațional” este, după cum am arătat cu un alt prilej⁸, susceptibil de mai multe accepțiuni, și anume: Într-o primă accepție, acest concept desemnează mijlocul corespunzător de a reglementa rapid și echitabil litigiile internaționale care pot să rezulte din tranzacțiile comerciale în domeniul schimburilor de bunuri și servicii și din contractele de cooperare industrială. Într-o altă accepție, conceptul la care ne referim poate fi definit ca metodă de soluționare a litigiilor născute din relațiile comerciale internaționale. În fine, arbitrajul comercial internațional se analizează ca Jurisdicție specială și derogatorie de la dreptul comun procesual, menită să asigure rezolvarea litigiilor izvorâte



din raporturile comerciale internaționale și, totodată, să faciliteze participarea statului la diviziunea mondială a muncii. Doctrina juridică a formulat și alte definiții ale conceptului în discuție, dintre care cea mai corectă ni se pare a fi aceea ce dă acestui concept semnificația de instituție juridică pentru soluționarea litigiilor internaționale, de către persoane investite cu această sarcină, chiar de către părțile contractante aflate în litigiu⁸.

Absența unor norme juridice impuse. Normele juridice, de care se conduc arbitrii la emiterea hotărârilor, nu sunt înglobate în anumite limite impuse. Normele materiale aplicabile în situația litigiului sunt alese conștient de părți încă la alegerea arbitrajului, la etapa încheierii convenției. În situația justiției publice această posibilitate lipsește, deși există alte proceduri de verificare a corectitudinii normelor juridice, însă acestea sunt mai anevoioase. Aceasta este regula generală. În legislațiile naționale, pot exista reglementări orientate spre identificarea naturii arbitrajului și determinarea interacțiunii acestuia cu instanțele serviciului public de justiție.

Pot exista anumite convenții în domeniul de interes de autoritate numai pentru părțile invocate sau de autoritatea chiar internațională. *Principala atribuție a Arbitrajului Internațional constă în organizarea și administrarea soluționării pe calea arbitrajului a unor litigii interne sau internaționale, care au apărut din raporturile de drept civil în sens larg între părțile cu capacitate deplină de exercițiu, care au încheiat în acest sens o convenție arbitrală*¹⁰. Însă la emiterea hotărârii arbitrul sau arbitrii sunt ghidați de propria convingere și de cunoștințele profunde în domeniu. De regulă, arbitrajul apare ca un instrument de soluționare a anumitor categorii de litigii de natură patrimonială într-un domeniu îngust specializat. *Organizarea și soluționarea litigiului arbitral sunt stabilite prin Regulile de procedură arbitrală, potrivit cărora Arbitrajul Internațional soluționează orice litigiu (conflict) cu participarea persoanelor fizice și/sau juridice, inclusiv dintre acționar (asociat, participant sau membru) și societatea comercială sau necomercială, derivând din raporturile juridice civile; patrimoniale; din raporturile obligaționale contractuale și necontractuale, cum ar fi vânzarea-cumpărarea, prestarea de servicii, executarea de lucrări și altele; sau din raporturile de proprietate și alte drepturi reale, inclusiv proprietatea intelectuală; dintr-un contract comercial, inclusiv la încheierea, interpretarea, executarea, anularea și desființarea lui, ca și din alte raporturi juridice economice și comerciale*¹¹.

Arbitrajul este o autoritate recunoscută de către părțile litigiului, la faza semnării contractului de către părți. Arbitrii, în ipostaza respectivă, sunt, de regulă, persoane specializate în domeniul de competență, fără condiționarea obligatorie a studiilor juridice. Evident, acestei autorități i se reconfermă valoarea la momentul adresării nemijlocite a părților în arbitraj.

Există astfel posibilitatea alegerii, în calitate de arbitri, în litigiile comerciale a unor specialiști în domeniul dedus judecării, sporind astfel încrederea părților și garanția competenței celor ce-i vor judeca. Arbitrajul oferă astfel o judecată eficientă, prin arbitri cu experiență îndelungată și de o competență recunoscută în domeniul respectiv¹².

Autoritatea arbitrajului nu este asigurată de puterea de stat, ci datorită corectitudinii și echității hotărârilor emise. Arbitrajul, fiind o instituție jurisdicțională, care rostește justiția, necesită a fi înzestrat cu autoritate, altfel nu și-ar fi asigurat realizarea practică. Dacă instanțele judecătorești, în calitate de componente ale serviciului public al justiției sunt investite cu autoritatea puterii de stat, atunci arbitrajul își afirmă autoritatea în exclusivitate prin profesionalismul său în cadrul examinării cauzelor, exprimat prin obiectivitatea, corectitudinea, imparțialitatea arbitrilor. Indiscutabil, aceste calități sunt atribuite și instanțelor judecătorești ce formează serviciul public al justiției. Însă arbitrajul necesită, în ipostaza sa de justiție nestatală, de a accentua aceste calități, a le manifesta mai pronunțat, astfel evidențiindu-și atractivitatea profesională.

Este necesară concluzionarea fundamentală. Instanțele judecătorești apar drept o necesitate inevitabilă, înțeleasă și aplicată de către putere și acceptată de către potențialii justițiabili. Arbitrajele apar în calitate de necesitate înțeleasă de către potențialii justițiabili și acceptate de către puterea de stat. Astfel se prezumă că părțile, în litigiile soluționate în arbitraj, posedă o cultură juridică generală mai avansată. Perspectivele unei societăți dezvoltate democratice, înzestrată cu o cultură juridică generală avansată, se regăsesc astfel în activitatea preponderent a arbitrajelor. Aceste reflecții își exprimă continuitatea în statutele judecătorului și al arbitrului.

Judecătorul, fiind reprezentantul unui serviciu public, este sortit a fi monitorizat de societate. Astfel, o atenție deosebită se acordă integrității judecătorului, independenței și profesionalismului acestuia. Anume apartenența la serviciul public al justiției explică complexitatea și atenția sporită față de statutul judecătorului. Statutul în cauză, fiind reglementat de



norma de drept public, denotă un interes public manifestat din partea societății.

Arbitrul poate fi privit în calitate de judecător privat. Calitățile lui morale și profesionale prezintă interes numai pentru părțile unui litigiu concret, pentru potențialii investitori, în convingerea securizării raporturilor juridice respective și a însuși arbitrajului respectiv, or, autoritatea lui depinde anume de calitățile invocate pentru fiecare arbitru în parte. Pentru un arbitru, profesionalismul în domeniu și specializarea îngustă rezultă de la sine și, la fel, apar drept preocupări pentru autoritatea arbitrară. Într-o continuitate de abordare, menționăm că justiția în formatul său de serviciu public este un fenomen inevitabil și inalienabil al puterii de stat. Astfel, organizarea justiției, normele juridice materiale și procesuale sunt destinate și considerate pentru un divers spectru de membri ai societății, care posedă o cultură și conștiință generală și juridică foarte diferită. Serviciul public al justiției este destinat tuturor. Însă concomitent justiția apare în calitate de interacțiune între societate și putere¹³. În asemenea mod, și se explică cerințele avansate față de statutul judecătorului în sfera integrității și independenței. În această ipostază, judecătorul este reprezentantul puterii, înzestrat cu autoritate din partea acestei puteri. Însă și modul de organizare a arbitrajului, esența lui, impune un statut puțin diferit arbitrului, care îndeplinește, practic, aceleași funcții ca și judecătorul. Totuși, amplasarea lui în afara serviciului public, evidențierea

particularităților ce îl deosebesc pe el de judecător și pe arbitraj de instanța de judecată explică și deosebirea esențială statutară.

Note:

¹ Negru Andrei, *Consolidarea justiției în statul contemporan democratic*, Sirius, Chișinău, 2012, p. 164.

² Legea cu privire la statutul judecătorului nr. 544-XIII din 20.07.95 // *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 1995, nr. 59-60/664; republicată: *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 2002, nr.117-119/946.

³ Legea Republicii Moldova cu privire la arbitraj nr. 23-XVI din 22.02.08 // *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.88-89 din 20.05.08.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ http://www.dreptonline.ro/dictionar_juridic/termen_juridic.php?cuvant=Arbitraj (vizitat 26.05.2014).

⁷ Căpățână Octavian, *Aplicarea în România a Legii-model și a Regulamentului de arbitraj al UNCITRAL* // *Revista de drept comercial*, București, 1996, nr. 7-8.

⁸ Costin N.M., *Dreptul comerțului internațional*, Dacia, Cluj-Napoca, 1987, p. 50.

⁹ Popescu T.R., Bîrsan C., *Dreptul comerțului internațional*, vol. IV, Universitatea București, 1983, p. 3.

¹⁰ Căpățână Octavian, *op.cit.*

¹¹ <http://www.romanianlawoffice.com/curtea-arbitraj-comercial-international.htm> (vizitat 17.02.2013).

¹² <http://www.l21.ro/cariera-si-finante/arbitrajul-7462?page=3> (vizitat 17.03.2013).

¹³ Negru Andrei, *Procesul consolidării justiției – auto-perfecționarea continuă a justiției contemporane* // *Revista Națională de Drept*, Chișinău, 2012, nr. 10, p.16.



CADRUL DE REGLEMENTĂRI PRIVIND PROCEDURA RECUNOAȘTERII ȘI EXECUTĂRII SENTINTELOR ARBITRALE STRĂINE ÎN SISTEMUL CONVENȚIEI DE LA NEW YORK DIN 1958

Diana LAZĂR,
magistru în drept, lector
(USM)

Integrarea în circuitul mondial a valorilor și cunoștințelor și dezvoltarea comerțului exterior al exponenților comerciali ai Republicii Moldova sunt marcate inclusiv de mediul juridic referitor la arbitrajul comercial internațional, precum și de aderența la practicile consacrate în domeniul eficacității internaționale a hotărârilor arbitrale străine. Or, producerea efectelor juridice este finalitatea originară a procesului arbitral, care, în context internațional, trebuie să fie asigurat cu mecanisme, proceduri și reglementări suficient de previzibile și obiective pentru a oferi justițiabililor din arbitraj garanția satisfacției drepturilor lor încălcate.

În acest sens, problematica recunoașterii și executării hotărârilor arbitrale străine este constant cercetată prin prisma celui mai important tratat internațional în domeniul arbitrajului, și anume, Convenția de la New York din 1958 privind recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine¹. Atât doctrina, cât și practica judiciară, consacră avantajul procedurii de recunoaștere și executare a unei sentințe arbitrale într-un alt stat decât cel unde a fost elaborată, față de cea a unei hotărâri judecătorești străine², datorită uniformizării create de aplicarea Convenției de la New York în cele 146 de state parte la aceasta. În același timp, pe plan național a fost recunoscută importanța acestui mecanism sub egida dezideratului de „Acces la justiție și executarea hotărârilor judecătorești” stipulat la pilonul III al Strategiei de reformă a sectorului justiției pentru anii 2011-2016, care urmărește, *inter alia*, îmbunătățirea mecanismului de recunoaștere și executare a hotărârilor emise de instanțele judecătorești străine, inclusiv de tribunalele arbitrale³.

Cu toate acestea, sistemul convențional uniformizat pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine nu este exhaustiv în privința aspectelor procedurale, lăsând statelor de recepție a hotărârii arbitrale străine dreptul să decidă în privința organizării procedurii de integrare a sentinței arbitrale străine în ordinea sa internă. Totodată, Convenția de la New York din 1958 și îndelungata și vastă sa aplicare a generat un set de principii directe și standarde pentru legislațiile naționale și practicile judecătorești ale statelor membre. Astfel, se conturează întrebări ce țin de aplicarea și interpretarea uniformă a prevederilor Convențiilor, ținând cont de particularitățile de procedură civilă ale statelor membre.

În acest sens, studierea și aplicarea uniformizată a regulilor și principiilor setate de Convenția de la New York din 1958 constituie un cadru propice căruia se vor conforma legislațiile naționale.

Convenția de la New York stabilește unele principii de bază pentru organizarea procedurilor de recunoaștere și executare, cum ar fi:

- „tratamentul național” al sentințelor arbitrale străine în privința condițiilor și a cheltuielilor pentru recunoaștere și executare;
- interzicerea statuării privind fondul litigiului în privința căruia se expune sentința arbitrală;
- limitarea exhaustivă a temeiurilor de refuz al recunoașterii și executării sentințelor arbitrale.

Regulile de procedură reglementate expres de Convenția de la New York se rezumă la documentele ce vor fi prezentate odată cu cererea de recunoaștere și executare, forma și modul de autentificare a acestora, limba în care vor fi expuse. În consecință, „regulile de procedură în vigoare pe teritoriul unde sentința este invocată” vor reglementa alte importante chestiuni, cum ar fi: autoritatea competentă de a decide privind recunoașterea și executarea sentinței arbitrale străine, limitele competenței acesteia, posibilitatea contestării deciziei acestei autorități; termenul în care trebuie inițiată cererea de recunoaștere și executare din momentul pronunțării sentinței de tribunalul arbitral; confidențialitatea procesului de recunoaștere și executare etc.

Cu toate acestea, dreptul național poate dezvolta reglementări în privința aspectelor de procedură doar „în condițiile stabilite în articolele” Convenției⁴. Prezentul articol își propune analiza prevederilor convenționale, prin prisma practicii judecătorești relevante, a dreptului comparat și a soluțiilor oferite de doctrina specializată, în scopul de a oferi linii directorii în aplicarea Convenției procedurii de recunoaștere și executare a hotărârilor arbitrale străine în Republica Moldova.

1. Reglementări convenționale privind procedura de recunoaștere și executare a sentințelor arbitrale străine

Convenția de la New York prezenta un document de avangardă încă la momentul adoptării sale, rămânând, și după 60 de ani, unul din cele mai eficiente tratate internaționale în domeniul comerțului internațional. Aceasta se datorează, în parte, reglementărilor conven-



ționale, de la care Statele semnatare nu pot deroga, în virtutea adagiului latin *pacta sunt servanda* (*convențiile trebuie respectate*) sau *rebus sic stantibus*⁵. În același timp, prevederile dreptului național nu pot să contravină normelor Convenției, și nici scopurilor în care aceasta a fost adoptată⁶.

1.1. Principiul „tratamentului național” al sentințelor arbitrale străine

Articolul III al Convenției de la New York stabilește că „statele contractante vor recunoaște autoritatea unei sentințe arbitrale și vor încuviința executarea acestei sentințe conform regulilor de procedură în vigoare pe teritoriul unde sentința este invocată în condițiile articolelor” stabilite în Convenție. În același timp, Convenția proclamă regula esențială, conform căreia sentințelor arbitrale străine „nu vor fi impuse condițiuni mult mai riguroase, nici cheltuieli de judecată mult mai ridicate, decât acelea care sunt impuse pentru recunoașterea sau executarea sentințelor arbitrale naționale”. Iar în cazul când forul sesizat nu dispune de reguli specifice sentințelor străine, acestora li se vor aplica, în condițiile Convenției, normele stabilite pentru executarea sentințelor arbitrale naționale.

Istoria art. III al Convenției din 1958 își are originile în Convenția de la Geneva privind executarea sentințelor arbitrale străine din 1927, care conținea prevederi similare. În cadrul lucrărilor conferinței de la New York din 1958 au existat propuneri de a insera în Convenție reguli uniforme de procedură pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine, care au fost respinse la propunerea Secretarului General al ECOSOC⁷, pe motivul că astfel de norme convenționale ar crea dificultăți de aplicare în practică⁸.

Art. III face trimitere la „regulile de procedură ale statului unde sentința este invocată”, ce se referă doar la prevederile care vizează în ce modalitate va fi încuviințată recunoașterea și executarea, și nicidecum privind cazurile potrivit cărora aceasta ar putea fi refuzată. Acest articol operează cu doi termeni „reguli de procedură” și „condiții”, cea din urmă noțiune fiind mai largă, ceea ce nu e întâmplător, date fiind propunerile de utilizare exclusivă a termenului „reguli de procedură” evocate în timpul lucrărilor de elaborare a Convenției⁹. Opțiunea realizată urmărește delimitarea clară a domeniului de reglementare lăsat în competența *lex fori*, care nu poate deroga de la principiile stabilite de Convenție. Această delimitare a fost evidențiată și în practica judiciară, Curtea de Casație a Italiei explicând că „regulile de procedură” la care se face referință trebuie interpretate în sens restrâns, „de ex. jurisdicția unei Curți de Apel, cererea care trebuie înaintată etc., și nu în măsura în care să stabilească «condiții»”¹⁰. Această interpretare este coerentă cu practica anterioară în Italia, unde, în 1976, Tribunalul din Napoli a respins cererea de reexaminare a sentinței arbitrale, pe motiv că aceasta era permis de art. 798 al Codului de procedură civilă, care se referea la reexaminarea, în unele cazuri, a hotărârilor judecătorești

străine, pe motiv că acestea ar constitui „reguli de procedură pe teritoriul unde sentința este invocată”, în sensul art. III al Convenției. Instanța a statuat că „art. III vizează așa aspecte, cum ar fi cererea de executare, jurisdicția competentă etc., și nicidecum condiții substanțiale, care sunt stabilite prin însăși Convenție”¹¹.

Totuși, a doua propoziție a art. III al Convenției utilizează termenul „*more onerous conditions*” (în trad. oficială în română „condițiuni mult mai riguroase”), ceea ce poate crea confuzii cu termenul din prima propoziție. În a doua parte a art. III se vizează însă exclusiv „condițiunile”, „regulilor de procedură” ale forului sesizat și necesită a fi distins de norma din prima frază.

Astfel, statele parte la Convenție pot să stabilească reguli separate pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine, cu condiția că acestea nu vor stabili „condițiuni mult mai riguroase sau cheltuieli mult mai ridicate” decât cele pentru sentințele arbitrale naționale. Numeroase state reglementează doar procedura de recunoaștere, dintre care majoritatea conțin reguli specifice recunoașterii și executării sentințelor arbitrale străine. Puține sunt statele unde legea forului stabilește reguli specifice de executare (*exequatur*) a sentințelor arbitrale străine, ulterior recunoașterii acestora în statul respectiv. În consecință, problema „condițiunilor mult mai riguroase” apare, în principal, la faza de recunoaștere a hotărârilor arbitrale străine¹².

Aspectele procedurale privind recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine, reglementate de legislațiile statelor membre trebuie să fie circumscrise condițiilor și principiilor stabilite de Convenția de la New York din 1958.

Cu toate acestea, s-a considerat necesar de a reglementa prin norme convenționale unele elemente ale procedurii de recunoaștere și executare a sentințelor arbitrale străine, în scopul respectării principiului general de eficacitate maximă, sau *pro-enforcement bias*.

1.2. Prevederi procedurale reglementate de Convenția de la New York

Chiar dacă statele au libertatea de a elabora norme de procedură, Convenția stabilește unele reguli importante în această privință, și anume: sarcina probației (art. V(1)), documentele obligatorii de a fi prezentate de solicitant pentru a obține recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine (art. IV) și cazurile de refuz invocate *ex officio* de forul solicitat (art. V (2)). Prin aceste reguli de procedură s-a realizat un progres remarcabil față de prevederile Convenției de la Geneva din 1927, având obiectivul de a atinge maxima eficacitate a sentințelor arbitrale pe plan internațional.

I. Sarcina probației

Conform Convenției de la New York, părâtului îi incumbă sarcina de a aduce, în fața autorității competente din statul de recepție, dovada existenței vreunui temei de refuz al recunoașterii și executării sentinței arbitrale. Sarcina probației a fost inversată în Convenția de la New York, față de Convenția de la Geneva din 1927,



care atribuia solicitantului recunoașterii și executării obligația de a demonstra întrunirea tuturor condițiilor pentru a obține eficacitatea sentinței arbitrale în favoarea sa. Orientarea sarcinii probațiunii către pârâtul procesului de recunoaștere și executare a sentinței arbitrale a marcat succesul Convenției de la New York. Astfel, solicitantul nu are decât să prezinte cererea de recunoaștere și executare, însoțită de un număr limitat de acte care demonstrează existența și autenticitatea convenției arbitrale și a sentinței arbitrale. Cu referire la aceasta, practica judiciară a interpretat că solicitantul ar trebui totuși să demonstreze validitatea convenției arbitrale, iar pârâtul – doar invaliditatea sa¹³. Această interpretare nu este însă coerentă cu prevederile Convenției de la New York, care stabilește explicit la art.V alin.(1) lit.a) obligația celui care invocă invaliditatea convenției să aducă dovada în acest scop. Solicitantul își realizează obligația de a proba *prima facie* existența juridică a convenției prin documentele pe care este obligat să le anexeze la cerere, conform art.IV al Convenției.

În consecință, partea recalcitrantă va trebui să aducă proba existenței vreunei temei, în baza căruia instanța ar putea să refuze recunoașterea și executarea sentinței arbitrale, precum și a conținutului și temeiului stabilit de legea conform căreia se face, eventual, calificarea temeiului invocat. Temeiurile de refuz ce pot fi invocate de pârât în acest scop sunt exhaustiv stipulate în art.V al Convenției de la New York din 1958.

II. Cerințe obligatorii stabilite de Convenția de la New York pentru solicitantul recunoașterii și executării sentinței arbitrale străine

Art.IV al Convenției de la New York are obiectivul de a stabili reguli pentru solicitantul recunoașterii și executării sentinței arbitrale străine, care are, la această primă etapă a procedurii, sarcina de a proba admisibilitatea cererii sale și care trebuie să prezinte doar dovezi *prima facie* în acest scop.

Art.IV stabilește:

„Partea care cere recunoașterea și executarea trebuie să prezinte odată cu cererea:

a) originalul sentinței autentificat în modul cuvenit, sau o copie a acestui original întrunind condițiile cerute pentru autenticitatea sa;

b) originalul convenției de arbitraj arătate în art. II sau o copie întrunind condițiile cerute pentru autenticitatea sa.

Dacă menționata sentință sau menționata convenție nu este redactată într-o limbă originală a țării în care sentința este invocată, partea care cere recunoașterea și executarea sentinței va trebui să producă o traducere a acestor piese în această limbă. Traducerea va trebui să fie certificată de un traducător oficial, sau de un traducător cu jurământ, ori de un agent diplomatic sau consular”.

Comparativ cu prevederile Convenției de la Geneva din 1927, prin art.IV Convenția de la New York a realizat un progres semnificativ, eliminând una din marile

bariere la circulația internațională a sentințelor arbitrale, „dublul exequatur”. Convenția din 1927 prevedea la art.4 că partea care cere recunoașterea și executarea sentinței arbitrale pe lângă originalul sentinței arbitrale trebuia să anexeze:

– dovada că sentința este definitivă în țara în care a fost pronunțată; și

– dacă va fi necesar, să facă dovada că sentința cade sub incidența Convenției, că sentința a fost dată în conformitate cu convenția de arbitraj și de tribunalul competent în conformitate cu convenția arbitrală, s-a constituit conform acordului între părți, sau în conformitate cu legea aplicabilă procedurii arbitrale.

Astfel, pentru a demonstra că sentința este definitivă, solicitantul trebuia să apeleze la instanțele de judecată din statul unde sentința a fost pronunțată, pentru a obține titlul de executare silită¹⁴. În același timp, unele instanțe își declinau jurisdicția, deoarece pârâtul nu dispunea de bunuri sau sediul în statul respectiv, creând dificultăți substanțiale părții aflate în căutarea satisfacerii drepturilor sale.

Chiar dacă textul proiectului inițial al Convenției de la New York rămânea fidel condițiilor anterior stipulate în Convenția de la Geneva, delegația olandeză s-a opus vehement „dublului exequatur”, fiind susținută în acest sens și de alți reprezentanți¹⁵. Așa-numita „propunere olandeză” a fost satisfăcută la Conferința de la New York din 1958, unde s-a convenit că partea care cere recunoașterea și executarea nu are obligația de a face dovada conformității sentinței cu demonstrarea satisfacerii unor condiții negative, ci va trebui doar să prezinte originalul autentificat al sentinței arbitrale și originalul convenției de arbitraj, demonstrând *prima facie* admisibilitatea cererii sale¹⁶.

Art.IV reprezintă astfel un set exhaustiv de formalități, pe care trebuie să le îndeplinească solicitantul, iar legislațiile naționale nu pot impune alte cerințe suplimentare în acest sens. Mai mult decât atât, aceste prevederi se vor aplica pentru dovada hotărârii, nu doar în procedura de recunoaștere și executare a sentinței arbitrale, dar și în alte cazuri, cum ar fi invocarea obiecției de *res judicata*, sau când recunoașterea sentinței este o chestiune incidentală.

a) *Prezentarea sentinței arbitrale, conform art.IV alin.(1) lit.a) a Convenției de la New York din 1958*

Solicitantul trebuie să prezinte, odată cu cererea sa, originalul sentinței arbitrale, autentificată în mod cuvenit sau copia certificată corespunzător.

Convenția nu stabilește ce se înțelege prin „sentință arbitrală”, noțiunea urmând a fi dedusă din art.I alin. (2), ce vizează „nu numai sentințe date de către arbitri numiți pentru cazuri determinate, ci, de asemenea, și acelea care sunt date de către organe de arbitraj permanente cărora părțile li s-au supus”. Deseori instanțele de drept comun recepționează hotărâri ale tribunalelor arbitrale desemnate „decizii”, „ordine”, ceea ce produce confuzii și pot conduce la interpretări eronate. Totuși,



practica judiciară stabilește corect, în numeroase decizii, că instanțele trebuie să determine, în primul rând, dacă actul prezentat tratează substanțial o cauză și dacă este final în privința obiectului acțiunii. De obicei, o sentință arbitrală trebuie să conțină analiza cauzei *de facto* și *de iure*, poate implica interpretări ale contractului, să facă referințe la competența jurisdicțională și materială, la validitatea convenției de arbitraj etc.

Convenția de la New York nu stabilește anumite cerințe substanțiale pentru sentința arbitrală, cum ar fi forma, conținutul, alte formalități privind aceasta. Ele rămân a fi reglementate de *lex arbitri*.

Din norma art. IV alin. (1) lit. a) se subînțelege necesitatea respectării formei scrise, dat fiind că solicitantul trebuie să prezinte originalul sau copia sentinței arbitrale. Majoritatea legislațiilor naționale prevăd obligativitatea formei scrise¹⁷, aceasta fiind stabilită și de art. 31 alin. (1) al Legii model UNCITRAL privind arbitrajul comercial internațional.

Printre alte cerințe referitor la hotărârea arbitrală, practica judiciară în materie de recunoaștere și executare a hotărârilor arbitrale străine a mai statuat privind necesitatea indicării în sentința arbitrală a numelor părților litigiului soluționat prin arbitraj, prezența semnăturilor arbitrilor, a datei adoptării sentinței. Aceste cerințe sunt general acceptate și pe deplin motivate, având scopul de a proba veridicitatea și existența sentinței arbitrale, precum și cunoașterea momentului din care aceasta produce efecte juridice.

În cazul în care, după regulile procedurii arbitrale se prevede că părțile vor primi doar extrasul de pe sentință care va fi semnat numai de președintele tribunalului arbitral, și nu de către arbitrii care au pronunțat sentința, în situația dată copia sentinței vizate nu este în conformitate cu prevederile art. IV al Convenției.

Anumite discuții sunt provocate de necesitatea sentinței de a conține motivele pe care se întemeiază. Această chestiune este guvernată de legea aplicabilă procedurii arbitrale, care, în unele cazuri, poate permite emiterea unei sentințe nemotivate¹⁸, ceea ce nu reprezintă în mod cert un temei de refuz al recunoașterii sentinței, conform Convenției de la New York. Totuși, această situație a fost uneori sancționată de practica judiciară, sub temeiul încălcării ordinii publice a statului unde sentința este invocată¹⁹.

Aceste păreri au fost contestate în doctrină și în jurisprudență, invocând insuficiența temeiurilor pentru a declara atingeri de ordine publică internațională. Unele hotărâri pot, de exemplu, conține o parte motivată, dar care prezintă motive contradictorii, fie acestea sunt deosebit de neclare, neputând fi considerate ca atare. În aceste cazuri, recunoașterea acestor sentințe ar putea fi de asemenea respinsă? Or, Convenția de la New York, dar și alte convenții internaționale în materii și legislațiile naționale stabilesc strict interdicția de a se expune privind fondul litigiului, ceea ce ar face judecătorul care ar evalua suficiența motivelor

prezentate de tribunalul arbitral. Mai mult decât atât, ținând cont de unul din avantajele substanțiale ale arbitrajului, confidențialitatea, părțile pot stabili, prin convenția arbitrală, interzicerea prezentării motivelor în sentința arbitrală, în virtutea principiului autonomiei de voință. Asemenea situații nu ar putea da temei de a invoca încălcarea ordinii publice. În această ordine de idei, Curtea de Apel din Bremen, Germania, a stabilit că sentința arbitrală care nu conținea faptele cauzei și motivele pe care era pronunțată nu constituie o violare a ordinii publice internaționale a Germaniei, chiar dacă, în cazul unei sentințe arbitrale naționale aceasta ar fi putut fi sancționată. Curtea a statuat că „ordinea publică internațională a Germaniei ar putea fi violată doar dacă sentința ar fi fost pronunțată în condițiile unei proceduri deosebit de contrare principiilor legii procedurale germane, și care nu ar fi existat dacă ar fi fost respectate principiile legale obișnuite”²⁰. Deci, părțile ar trebui să acorde atenție formei hotărârii arbitrale, începând cu momentul redactării convenției arbitrale, evitând astfel, problemele care ar putea interveni la faza recunoașterii și executării acesteia.

Un alt subiect de analiză privind sentința arbitrală, ce se prezintă spre recunoaștere și executare, privește sentințele arbitrale interimare și sentințele arbitrale parțiale. Convenția de la New York stabilește că dacă o sentință nu „a devenit încă obligatorie pentru părți”, recunoașterea și executarea acesteia poate fi refuzată în temeiul art. V alin. (1) lit. e), fără a face delimitări între diferite tipuri de sentințe arbitrale.

O sentință arbitrală interimară nu prezintă o adjudecare finală a cauzei la care se referă, putând fi supusă unei revizuirii ulterioare de către arbitralul tribunal. O sentință parțială este, din contra, o decizie finală a tribunalului arbitral în privința unei chestiuni izolate de alte capete de cerere, care poate fi, sau trebuie, constatată mai devreme, până la încheierea procedurii arbitrale, cum ar fi, de exemplu, competența tribunalului arbitral, validitatea convenției arbitrale, elemente de bază ale răspunderii contractuale ș.a.²¹. Legislațiile naționale și jurisprudența stabilesc că sentințele arbitrale interimare nu pot beneficia de Convenția de la New York pentru a fi recunoscute și executate, în timp ce sentințele parțiale intră în câmpul de reglementare a Convenției. Totuși, din cauza deselor confuzii, când o hotărâre este denumită „interimară”, chiar dacă e „parțială”, instanțele sesizate analizează caracterul lor final și obligatoriu pentru părți. Cu toate acestea, practica judiciară nu este uniformă, iar legislațiile naționale nu conțin norme clare în acest sens, de aceea este important ca părțile și arbitrii să se asigure că sentințele parțiale sunt clare, definitive și limitează interpretările.

Important este de a sublinia că o hotărâre arbitrală este finală și obligatorie prin sine, și aceasta nu trebuie confundată cu alte încheieri sau dispoziții ale tribunalului arbitral, cum ar fi de dispunere a unei expertize, a unor măsuri conservatorii. De asemenea, este necesară delimi-



tarea tranzacțiilor încheiate de părți, care, de asemenea, pun capăt procedurii arbitrale, de sentințele arbitrale. Tranzacțiile nu pot fi supuse recunoașterii și executării în sistemul Convenției de la New York, pe când o hotărâre arbitrală emisă în baza tranzacției între părți este calificată de a aplica Convenția în acest scop.

Cerințe privind sentința arbitrală prezentată conform Convenției de la New York din 1958

Hotărârea arbitrală trebuie prezentată instanței sesizate în original, „autenticată în modul cuvenit”, sau în copie ce întrunește „toate condițiile cerute pentru autenticitatea sa”, la alegerea solicitantului.

Scopul acestor norme este, așa cum o evocă discuțiile preliminare adoptării Convenției și practica judiciară, de a dovedi că sentința prezentată spre recunoaștere și executare este una veridică, textul său este autentic și aceasta este aptă de a produce efecte juridice. Convenția de la New York operează cu doi termeni în acest scop, „autenticarea” („authenticated”) și „certificarea” („certified”), acestea presupunând noțiuni diferite. Operațiunea de autentificare se referă la confirmarea veridicității sentinței și că aceasta a fost pronunțată de autoritatea competentă, arbitrii. Operațiunea de certificare însă urmărește confirmarea, emisă de o autoritate abilitată, a conformității unei copii cu originalul. Chiar dacă versiunea în română nu a preluat traducerile consecvente ale noțiunii de „certificare” a copiei sentinței, utilizând o versiune mai lungă, ce vizează respectarea „condițiilor cerute pentru autenticitatea sa”, aceasta induce operației aceeași misiune, cu toate că poate produce confuzie cu termenul de „autenticat”.

Convenția de la New York nu stabilește conform căreia legi se va efectua autentificarea sentinței arbitrale, nici legea conform căreia va fi realizată certificarea, lăsate, în mod intenționat, sub genericul modalităților „cuvénite”, inițiativă ce avea scopul de a lăsa instanțelor sesizate o mai mare libertate în aprecieri. Practica judiciară a adus două soluții în acest sens, una formală, și alta mai liberală. Astfel, instanțele judecătorești italiene au decis că autentificarea originalului sentinței arbitrale trebuie să se conformeze *lex fori*²², aceeași interpretare strictă fiind adoptată și de instanțele din Bulgaria²³ și Brazilia²⁴. Totuși, în majoritatea cazurilor instanțele au decis ca autentificarea să fie supusă fie condițiilor stipulate de *lex fori*, fie de legea statului unde, sau conform legii căruia a fost pronunțată sentința.

În ultimul deceniu, practica judiciară a demonstrat o nouă tendință, mult mai liberală, care se întemeiază pe faptul că dovada nu este cerută decât dacă un anumit fapt este contestat. Astfel, în numeroase hotărâri judecătorești, instanțele au decis că un original al sentinței neautenticat, sau chiar o copie nelegalizată a sentinței ar putea fi suficiente, dacă pârâtul nu ridică pretenții referitor la autenticitatea sentinței sau la conformitatea copiei. Astfel, Înalta Curte din Hong Kong a considerat suficientă o copie a hotărârii certificată doar de avocat,

cu ce pârâtul nu a fost de acord, însă nu a contestat că această copie ar fi neautentică²⁵. Aceeași poziție a fost demonstrată și în practica judecătorească a SUA²⁶, Spania²⁷, Elveția²⁸, Germania²⁹, Canada³⁰.

Cu toate acestea, unele instanțe în alte state solicită ca sentința să fie confirmată de un ofițer public sau un notar din statul de origine, confirmat de un ofițer consular din statul unde sentința se invocă³¹, fie cu respectarea procedurilor prescrise de Convenția de la Haga cu privire la suprimarea cerinței supralegalizării actelor oficiale străine (apostilă).

Instituția sau persoana abilitată cu dreptul de autentificare a originalului sentinței arbitrale, nefiind precizate de Convenția de la New York, rămân în competența *lex fori*. Dacă notarul sau personalul consular sunt, în toate cazurile, soluția cea mai formalistă, în alte state, cum ar fi Austria, India, Suedia, Belgia sentința poate fi autenticată de președintele sau secretarul instituției de arbitraj permanente sub auspiciile căreia a fost constituit tribunalul arbitral, sau chiar de înșiși arbitri³².

Dificultăți ar putea apărea la autentificarea sentințelor arbitrale date de arbitraje ad-hoc. În acest caz, președintele tribunalului arbitral ar trebui să se îngrijească ca hotărârea să fie autenticată, în modul stabilit de legea statului de origine, de un notar. Această acțiune ar simplifica mult ulterioara prezentare și, eventual, traducere a acestei hotărâri arbitrale.

O altă problemă de interpretare a art. IV (1) (a) se pune în privința copiei certificate a sentinței arbitrale. Este necesară în acest caz o autentificare a originalului sentinței, sau nu? Art. IV este ambiguu în acest sens, prevăzând că copia trebuie să întrunească condițiile pentru autenticitatea sa. Această traducere în limba română diferă de textul original în limba engleză al aceleiași norme: „The duly authenticated original award or a duly certificated copy thereof”, care s-ar traduce: originalul sentinței autenticat în mod cuvenit, sau copia certificată a acesteia. Astfel, „copia certificată a acesteia” se poate referi atât la originalul sentinței, cât și la originalul autenticat în mod cuvenit. Într-adevăr, o copie certificată a originalului sentinței nu vorbește decât despre faptul că această copie este conformă cu originalul, nu și despre autenticitatea sentinței însăși. Cu toate acestea, a obliga să fie prezentată copia certificată de pe originalul autenticat în mod cuvenit, ar fi o condiție excesiv de formalistă. În practică mai este întâlnită și o altă soluție, de a autentifica semnătura acelei persoane care a certificat copia sentinței, ceea ce duce însă la formarea unor „lanțuri” de semnături.

b) Prezentarea convenției arbitrale conform art. IV alin. (1) lit. b) a Convenției de la New York din 1958

Conform art. IV alin. (1) lit. b), solicitantul trebuie să prezinte și „originalul convenției arătate în articolul II sau o copie întrunind condițiile cerute pentru autenticitatea sa”.

Ca și în cazul sentinței arbitrale, această condiție vizează demonstrarea *prima facie* a existenței unei con-



venții arbitrale, în care își are sursa competența tribunalului arbitral.

Respectarea acestei prevederi provoacă în practică interpretări diferite, în special, în art.IV alin.(1) lit.b) se face referință la art.II al Convenției, care stipulează cerințe referitoare la convenția arbitrală. Aceasta ridică unele inconsecvențe în practica judiciară și întrebări dacă pot sau nu instanțele să evalueze la etapa prezentării cererii, dacă convenția arbitrală anexată este sau nu una care corespunde condițiilor stipulate în art.II al Convenției? Aceasta ar duce la tratarea *ex officio* a unei chestiuni, care este, conform art.V alin.(1) lit.a), un temei de refuz al recunoașterii sentinței, doar dacă este invocat de pârât, căruia îi este atribuită, inclusiv, sarcina probației în acest sens. Mai mult decât atât, aceasta ar contraveni scopului art.IV³³, care vizează exclusiv formalități procedurale și nicidecum condiții substanțiale, care urmează a fi judecate la a doua etapă a procedurii.

Astfel, cum ar trebui să procedeze instanța, la momentul primirii cererii, dacă convenția anexată este semnată de alte entități decât cele care sunt vizate în sentința arbitrală prezentată, sau dacă convenția nu este semnată de un reprezentant abilitat al părții, fie dacă aceasta constă într-un schimb de mesaje electronice, sau dacă pârâtul invocă ca aceasta ar fi contrafăcută, etc.? Astfel de situații intervenite în practica judiciară dau soluții diferite și, uneori, contradictorii. Forul sesizat este pus în fața dificilei provocări de a găsi limita între analizarea *prima facie* a documentelor prezentate, atât cât este necesar pentru a putea purcede la examinarea cererii în procedura prescrisă de *lex fori*, și expunerea pe marginea unei chestiuni care vizează validitatea convenției arbitrale, dacă, de exemplu, este respectată forma scrisă, sau dacă este aceasta valabilă conform legii aplicabile.

Elocventă este decizia Curții Supreme a Spaniei în cazul *Yucos Oil Co. v. Dardana Ltd.*, din 2002, când convenția arbitrală prezentată era încheiată între o companie olandeză și pârâtul, compania spaniolă. Sentința arbitrală prezentată spre recunoaștere se referea la o companie din Anglia, companie-fiică a întreprinderii olandeze și pârâtul din Spania. În timpul procedurii arbitrale pârâtul a ridicat constant chestiunea privind nevalabilitatea convenției arbitrale pe motiv că aceasta este încheiată între alți subiecți decât cei în litigiu, motiv prezentat instanței spaniole la momentul depunerii cererii de recunoaștere și executare a sentinței de către compania din Anglia. Instanța a respins cererea de recunoaștere și executare pe motiv că ar contraveni art. IV alin.(1) lit.b) al Convenției, deoarece convenția prezentată nu era semnată „între părți”. Curtea a explicat că, chiar dacă aceasta nu este în drept să examineze *sua motu* capacitatea părților de a încheia convenția de arbitraj, instanța are totuși obligația, conform art.IV, de a decide dacă există o convenție de arbitraj între părți. În caz contrar, aceasta nu ar putea accepta spre examinare

cererea de recunoaștere și executare a sentinței³⁴. În cazuri similare, în care mandatul semnatarilor convenției arbitrale este contestat de pârât, instanțele de judecată au respins obiecțiile ridicate, pe motiv că la momentul primirii cererii aceasta nu trebuie să examineze asemenea chestiuni, pârâtul având dreptul să conteste validitatea convenției arbitrale pe acest motiv ulterior³⁵.

Multe decizii judecătorești vizează forma scrisă obligatorie pentru convenția arbitrală. Astfel, instanțele consideră de competența acestora să examineze dacă convenția prezentată este în forma scrisă, așa cum o cere art.II al Convenției, refuzând examinarea cererilor însoțite de convenții arbitrale neseminate de părți³⁶, sau schimburi de scrisori prin fax, care nu probau încheierea univocă a convenției arbitrale³⁷, sau care erau ilizibile³⁸.

Totuși, deseori instanțele nu indică corect temeiul în virtutea căruia resping examinarea cererii depuse, făcând referire la art.IV alin.(1) lit.b), dar cu mențiunea că „nu a fost semnat de persoanele autorizate”, sau „convenția arbitrală nu este valabilă”, care, de fapt nu constituie temeiuri de refuz conform normei art.IV, ci cad sub incidența art.V alin.(1) lit.a). Judecătorii își pot întemeia refuzul conform art.IV doar dacă nu a fost prezentat „originalul” sau copia care să întrunească „condițiile pentru autenticitatea sa”.

În condițiile art.II, convenția arbitrală urmează a fi în formă scrisă și trebuie să conțină referiri la numele părților, semnăturile și data semnării acesteia. Totuși, în condițiile lumii moderne, convențiile arbitrale sunt încheiate în forme diferite, care pun instanțele în situația interpretării normelor Convenției.

Chiar dacă respectarea condițiilor de formă ce ar afecta valabilitatea convenției urmează a fi examinate ulterior, la prima etapă instanța trebuie să decidă *prima facie*, dacă în forma prezentată convenția satisface cerințele art.IV. Astfel, conform art.II alin.(2) al Convenției de la New York, convenția de arbitraj poate fi încheiată ca și „o clauză compromisorie inserată într-un contract, sau un compromis semnat de părți, sau cuprinse într-un schimb de scrisori sau telegrame”.

Chiar dacă Convenția nu prevede schimbul de scrisori prin telefax, acestea sunt consacrate precum că întrunesc condițiile de „formă scrisă”. Ele nu necesită a fi scrise de mână, iar indicarea numelui expeditorului este suficient, fără o semnătură olografă. Cu toate acestea, în privința scrisorii expediate prin telefax, prin care destinatarul confirmă acceptul său, practica judiciară solicită semnătura olografă³⁹. Această interpretare este coerentă cu intențiile delegaților la sesiunile preliminare adoptării Convenției de la New York⁴⁰, unde propunerea de a admite încheierea convenției arbitrale prin oferta neechivocă, la care nu a fost recepționată contestația destinatarului a fost respinsă.

Prezentarea confirmării privind expedierea documentului prin aparatul de fax și copia scrisorii recepționate prin fax este recunoscută de instanțele de judecată



drept conforme cu norma art.IV alin.(1) lit.b). Situația nu este similară însă pentru scrisorile expediate în formă electronică, care, conform practicii judiciare, nu se conformă condițiilor art.II al Convenției. Această interpretare este menținută și de Comisia Națiunilor Unite pentru Dreptul Comerțului Internațional (UNCITRAL) în recomandările sale privind interpretarea art.II al Convenției.

Convenția Națiunilor Unite privind Utilizarea Comunicațiilor Electronice în Contractele Internaționale (CUECI)⁴¹, care nu este încă în vigoare, ar putea schimba practica de aplicare a art.II în privința mesajelor electronice, recunoscând ca fiind „în formă scrisă” convențiile arbitrale încheiate prin mijloace de comunicații electronice⁴². Aplicarea normelor acestei Convenții va produce o schimbare radicală în practica judiciară, art.II al Convenției de la New York necesitând reformulări și completări. Totuși, în situația actuală, în scopul unei certitudini juridice, este recomandabilă utilizarea mijloacelor consacrate, iar în cazul comunicațiilor electronice, a semnăturilor electronice, care se vor conforma prevederilor art.IV al Convenției de la New York.

O altă întrebare apare datorită diferenței făcute de art. IV al Convenției, care stipulează că originalul sentinței arbitrale trebuie autentificat, pe când o asemenea autentificare nu este necesară pentru originalul convenției de arbitraj. Răspunsul la această întrebare îl găsim în istoricul Convenției de la New York, astfel autorii au propus ca articolul IV să includă:

„(a) originalul sentinței arbitrale sau copia certificată de pe aceasta;

(b) originalul convenției arbitrale sau copia certificată de pe aceasta”⁴³.

La Conferința de la New York, delegația din Belgia a venit cu propunerea de a insera în textul Convenției cuvintele „copia autentificată” a sentinței arbitrale și a convenției de arbitraj. Însă propunerea delegației din Belgia a fost adoptată numai pentru paragraful (a) și respectiv respinsă pentru (b), din motivul de a nu formaliza excesiv cerințele impuse solicitantului recunoașterii și executării sentinței arbitrale.

Certificarea copiei convenției arbitrale vizează, așa cum a fost arătat *supra*, exclusiv validarea conformității copiei cu originalul. În lipsa stipulațiilor clare ale Convenției, această formalitate poate fi realizată fie conform *lex fori*, fie conform legii aplicabile convenției arbitrale, sau alte soluții oferite de dreptul conflictual al forului.

Producerea traducerilor hotărârii și convenției arbitrale

Art. IV(2) al Convenției de la New York din 1958 prevede: „dacă menționata sentință sau menționata convenție nu este redactată într-o limbă originală a țării în care sentința este invocată, partea care cere recunoașterea și executarea sentinței va trebui să producă o traducere a acestor piese în această limbă. Traducerea va trebui să fie

certificată de un traducător oficial, sau de un traducător cu jurământ, ori de un agent diplomatic sau consular”.

În Convenția de la Geneva din 1927 era prevăzut în art.4 că traducerea „poate fi cerută”, însă delegația olandeză a propus ca în Convenția de la New York să fie inserat „va trebui să producă”, transformând dispoziția în obligație pentru solicitant, cu scopul de a asigura forului sesizat instrumente tehnice de bună înțelegere a actelor prezentate.

Un alt aspect problematic ține de care autoritate a cărei țări va fi competentă să certifice traducerea? Naționalitatea translatorului sau agentului diplomatic sau consular nu a fost indicată intenționat de către autorii Convenției de la New York, lăsând astfel ca certificarea să poată fi efectuată după legea țării în care sentința arbitrală a fost dată sau în conformitate cu legea țării unde sentința este invocată. Astfel, partea care cere executarea are de regulă posibilitatea de a face traducerea la un traducător oficial, la un traducător licențiat al țării unde se cere recunoașterea și executarea, ori de către un agent diplomatic sau consular⁴⁴.

Deciziile instanțelor privind art. IV(2) al Convenției indică că acestea au acceptat traducerea efectuată de un traducător oficial din țara în care sentința este invocată, fie din țara în care sentința a fost pronunțată. Certificarea traducerii de către un agent diplomatic sau consular al țării în care sentința a fost pronunțată este, de regulă, suficientă și nu va trezi îndoieli privitor la autenticitatea traducerii conținutului sentinței arbitrale sau a convenției de arbitraj.

Art.IV alin.(2) nu indică vreo normă privind momentul sau termenul de prezentare a traducerii solicitate, așa cum se face în alin.(2). Astfel, acest aspect rămâne a fi reglementat de legea procesuală a forului, practica demonstrând o abordare pragmatică, solicitându-se, de regulă, producerea traducerilor la momentul depunerii cererii.

Scopul art. IV a fost de a ușura cât mai mult condițiile ce urmează a fi îndeplinite de solicitant, astfel acest articol trebuie să fie interpretat în sens liberal. Cerințele stabilite de art.IV sunt exhaustive, iar legislațiile naționale trebuie să se conforme acestora, fără a adăuga noi formalități sau exigențe în această privință, așa cum o prescrie art. III al Convenției. Totuși, aceste norme convenționale pot fi completate, acolo unde lasă loc, de dreptul național. Prevederile naționale trebuie circumscrise condițiilor stipulate în Convenție, iar, în cazul când acestea stabilesc un regim mai favorabil decât cel al Convenției, acesta urmează să se aplice cu precădere, așa cum o stabilește art.VII al Convenției de la New York.

Cu toate acestea, legislațiile naționale ale statelor prevăd cerințe suplimentare, contrare obiectivelor Convenției de la New York. De exemplu, în Bulgaria, până în 2004, solicitantul era obligat să prezinte un certificat de la o instanță de judecată prin care să se confirme că sentința arbitrală era finală și obligatorie, ceea ce contravine art.IV și art.III al Convenției. Această normă a fost



detectată, a fost ridicată obiecția privind neconformitatea sa, fiind exclusă ulterior din legislația Bulgariei. În India solicitantul trebuia să prezinte dovada că sentința arbitrală prezentată este străină, iar în Indonezia să anexeze o confirmare a unui reprezentant diplomatic al statului unde sentința a avut loc arbitrajului precum că sentința arbitrală a fost pronunțată într-un stat parte la Convenția de la New York⁴⁵.

Astfel, studierea și cunoașterea prevederilor dreptului național privind procedura de recunoaștere și executare a sentințelor arbitrale este importantă pentru a putea asigura eficacitatea maximă a sentințelor arbitrale într-un spațiu legal stabilit de Convenție, interpretat corect și uniform.

2. Unele aspecte de procedură lăsate spre reglementare de dreptul național

Prevederile Convenției de la New York nu sunt suficiente pentru recunoașterea și executarea hotărârilor arbitrale străine, legislațiile naționale având puterea de a reglementa, în condițiile stabilite de Convenție, aspectele neacoperite de domeniul de aplicare a acesteia. Statul care va investi cu putere juridică un act emis într-o altă jurisdicție, și mai mult, ce emană de la o sursă de justiție bazată pe autonomia de voință a părților, trebuie să dispună de filtre legale apropiate care să asigure protecția ordinii publice, a celor mai importante principii ale orânduirii sociale, politice și juridice, precum și a drepturilor fundamentale garantate de acesta.

De asemenea, sistemele de drept diferite și cadrul juridic eterogen impun adaptarea principiilor stabilite de Convenție în realitatea cadrului legal național prin legile procesuale ale forului. Astfel, partea care dorește să beneficieze de efectele sentinței arbitrale, trebuie să se refere la legislația națională a forului pentru a determina tipul de procedură pe care trebuie să-l urmeze, instanța competentă să soluționeze cererea sa, termenul de prescripție, alte aspecte de procedură. Acesta va fi, de asemenea, interesat să cunoască mediul în care se va desfășura procedura de recunoaștere și încuviințare spre executare, care să îi ofere suficiente mijloace de garanție, respectul confidențialității, proceduri de contestare ulterioare a deciziei forului etc.

În acest sens, statele parte la convenție demonstrează practici diferite, reglementând procedura de recunoaștere și executare a sentinței arbitrale prin referință directă sau incorporare a normelor Convenției de la New York în dreptul național, prin legislațiile de procedură civilă interne, sau în actele legislative specifice arbitrajului comercial internațional. Procedura stabilită pentru sentințele arbitrale străine poate fi specifică acestora, fie aceeași ca și pentru hotărârile judecătorești străine, cu derogările stabilite de Convenție.

Legislația Republicii Moldova reglementează procedura de recunoaștere și executare a sentințelor arbitrale străine în cap. XLII al Codului de procedură civilă⁴⁶, capitolul VII al legii cu privire la arbitrajul co-

mercial internațional⁴⁷. În conformitate cu prevederile art.475 alin.(1) din Codul de procedură civilă, procedurii de recunoaștere și executare a sentințelor arbitrale străine îi sunt aplicate dispozițiile referitoare în acest sens recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești străine, cu unele excepții. Această asimilare a procedurii lasă loc de unele interpretări și lacune, unele aspecte specifice arbitrajului și sentințelor necesitând a fi luate în considerare la etapa recunoașterii și executării sentinței arbitrale.

Tipul de procedură conform căreia va fi examinată cererea de recunoaștere și executare este guvernată de *lex fori*. Legislațiile naționale nu prezintă vreo uniformitate în acest sens, fiind cunoscute proceduri civile clasice contradictorii, proceduri simplificate, orale, proceduri *ex parte*.

În Germania, de exemplu, legea cu privire la arbitraj stabilește proceduri mult mai simplificate decât regimul existent anterior, destul de formalist. Astfel, nu sunt prescrise audieri orale, decât în cazul când pârâtul invocă unele temeiuri de refuz al recunoașterii, în baza probelor aduse de acesta, sau dacă instanța consideră că sentința ar putea aduce atingere ordinii publice⁴⁸. Totuși, în situația când solicitantul cere aprobarea unui ordin de executare preliminară, sau pentru luarea de măsuri conservatorii, instanța poate decide prin procedura *ex parte*, fără a audia cealaltă parte. În practică însă, asemenea acțiuni nu sunt luate fără informarea pârâtului decât în cazurile când instanța consideră că dacă ar cunoaște, acesta ar putea împiedica realizarea acestor acțiuni.

Convenția de la New York nu prevede termenul limită în care poate fi depusă cererea de recunoaștere și executare a sentinței arbitrale străine. Problematika termenului de prescripție este una în continuă dezbatere în doctrină. Prescripția extintivă este mijlocul de stingere a dreptului material subiectiv la acțiune prin neexercitarea acestuia într-un termen stabilit de lege⁴⁹. Astfel, în cazul nerespectării acestui termen legal, titularul dreptului subiectiv la acțiunea de recunoaștere și executare a sentinței arbitrale străine va fi decăzut, pierzând astfel dreptul său de apărare pe cale ofensivă în justiție. Aceasta însă nu îl privează de a beneficia de executarea voluntară a sentinței arbitrale de către pârât, deoarece aceste obligații îi sunt încă imputate.

Legislațiile naționale diferă substanțial în această privință⁵⁰, tratând diferit însăși natura acesteia. Astfel în statele din sistemul de drept continental, termenul de prescripție este privit ca și problemă de fond, pe când dreptul *Common law* îl califică problemă de procedură. Aceasta are un impact esențial asupra determinării legii care va guverna chestiunea termenului de prescripție în privința dreptului de a cere recunoașterea și executarea silită a sentinței arbitrale străine.

Astfel, în sistemul continental, prescripția extintivă va fi supusă legii aplicabile dreptului subiectiv la care se referă, adică *lex causae*, care îi stabilește regimul său juridic⁵¹. În acest caz, instanța sesizată, dacă este dintr-



un stat care împărtășește această calificare, va aplica legea aplicabilă cauzei pentru a determina dacă termenul prescris a fost respectat.

În dreptul *Common law* însă termenul de prescripție este reglementat de *lex fori*, inclusiv și condițiile în care acesta poate fi suspendat sau întrerupt⁵². Totuși, conform unui studiu al UNCITRAL⁵³, multe state nu conțin vreun termen limită pentru inițierea cererii de recunoaștere și executare a sentinței arbitrale⁵⁴. În unele legislații, se face distincție între acțiunea de recunoaștere și cel de executare, prima nefiind limitată de vreun termen, în timp ce pentru executare se cunosc termeni de la 3 luni la 30 ani. Astfel, termenul de înaintare a cererii de recunoaștere și executare variază, în China și Canada fiind de 2 ani; 3 ani în Federația Rusă, România, Kârgâzstan, 6 ani în Singapore, 10 ani în Elveția, sau 20 ani în Germania⁵⁵.

Există sisteme de drept în care termenul de prescripție privește dreptul de a cere și obține încuviințarea executării silite, iar nu executării propriu-zise, cum este cel adoptat de Statele Unite. Astfel, în Statele Unite, sentințele arbitrale străine pot fi propuse spre executare în termen de trei ani, iar sentințele naționale în termen de un an.

La examinarea cererii de recunoaștere și executare a unei sentințe arbitrale străine în Republica Moldova, judecătorul va examina respectarea termenului de prescripție conform art.1624 al Codului civil al Republicii Moldova, care stipulează că „prescripția extintivă a dreptului la acțiune este guvernată de legea aplicabilă dreptului subiectiv”. Prin urmare, legea aplicabilă fondului litigiului va reglementa și prescripția extintivă. Pentru cazurile când legea Republicii Moldova este *lex causae*, termenul de prescripție extintivă pentru dreptul la acțiunea pentru obținerea recunoașterii și executării sentinței arbitrale străine nu este expres stabilit nici de Legea cu privire la arbitrajul comercial internațional, nici de Codul de procedură civilă. Conchidem astfel că va fi aplicat termenul de prescripție general de prescripție extintivă, care este de trei ani, conform art.267 al Codului civil al Republicii Moldova.

Această diversitate de reglementări și calificări implică o atenție deosebită părților la arbitraj, în scopul evitării pierderii dreptului de a solicita recunoașterea și executarea sentinței arbitrale.

Competența instanțelor naționale în materie de recunoaștere și executare a sentințelor arbitrale străine în sistemul Convenției de la New York

Convenția de la New York nu specifică detalii privind instituțiile care sunt competente să decidă în privința recunoașterii și executării sentințelor arbitrale căroră se aplică, făcând referință generică la „autoritatea competentă”. Statele au puterea de a decide care sunt aceste autorități competente.

În practica internațională, recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine sunt, în cele mai dese cazuri, în competența unor autorități judiciare, fie,

uneori, a unei oficialități publice, cum ar fi oficiul ombudsmanului, oficiul soluționării litigiilor economice⁵⁶. Majoritatea statelor, în special cele occidentale, abilitază cu aceste atribuții acele instanțe judecătorești, care, în mod normal ar avea jurisdicție pentru încuviințarea executării silite a unei sentințe arbitrale naționale⁵⁷. Substanțial este faptul că această chestiune este lăsată în competența *lex fori*.

Legislațiile naționale stabilesc pentru competența teritorială a instanțelor de judecată următoarele trei criterii:

- locul domiciliului sau a reședinței pârâtului;
- locul unde se desfășoară afacerea pârâtului;
- locul unde urmează a fi executată sentința arbitrală (de ex.: locul unde sunt situate bunurile).

Uneori solicitantul poate să aleagă instanță, conform unuia din aceste criterii, fie acestea se aplică de drept.

O problemă specifică în privința competenței jurisdicționale pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine intervine, în special, în statele federative. Deseori, atât instanțele provinciale, districtuale, statale, cât și cele federale pot avea competență, în dependență de materia litigiului la care sentința se referă.

În contextul internațional în care sentințele rezultate din arbitrajul comercial internațional își pot valorifica efectele, există tentația de a căuta să se obțină cât mai multe și eficiente rezultate. În situația unor legislații naționale încă destul de diferite, titularii sentințelor vor căuta regimul care le este cel mai convenabil, chiar dacă sunt puține sau deloc legăturile cu acesta. Atare fenomen cunoscut ca *forum shopping* dă curs întrebării, ce legătura cu statul de recepție ar trebui, totuși, să demonstreze o sentință arbitrală străină pentru a fi recepționată cererea privind recunoașterea și încuviințarea executării într-un stat?

Chiar dacă legislațiile naționale nu prevăd anumite condiții în acest sens, motivele pentru care se solicită recunoașterea și executarea sentinței arbitrale este dorința titularului acesteia de a beneficia de efectele pe care sentința arbitrală le produce și să se prevaleze de drepturile care i se cuvin și care decurg din aceasta.

Jurisprudența s-a expus în mai multe cazuri asupra necesității existenței unei oarecare legături cu statul în care se solicită recunoașterea și executarea. Curtea districtuală din New York explică că o instanță nu poate avea competență asupra tuturor persoanelor de pe planetă, care au încheiat o convenție de arbitraj în conformitate cu Convenția de la New York. Este necesar a demonstra o oarecare bază pentru aceasta, care ar putea să reiasă din „rezidența pârâtului, activitățile sale, consimțământul său, locul unde se găsesc proprietățile sale”⁵⁸. Aceeași interpretare se regăsește și în alte hotărâri judecătorești ale instanțelor SUA, prin care se evidențiază însă două puncte de legătură: sediul pârâtului în SUA, fie prezența bunurilor acestuia în spațiul SUA⁵⁹.

În *Common law*, au fost înregistrate cazuri de înlăturare a competenței, în temeiul *forum non conveniens*,



cea ce provoacă incertitudini și controverse, atentând la uniformitatea interpretărilor normelor Convenției. Doctrina *forum non conveniens* nu își are bazele în normele constituționale, fiind tratată ca și temei procedural⁶⁰ pentru declararea lipsei competenței jurisdicționale, intervenind atunci când „considerentele de utilitate, corectitudine și economie judiciară sunt periclitate”⁶¹. Fiind invocat de pârât, acest temei supune instanța la o analiză complexă a cazului, pentru a găsi echilibrul între motivele private și cele de interes public. Prin urmare, nu este posibil de a respinge cererea în temeiul *forum non conveniens*, dacă nu există alte foruri alternative mai adecvate pentru cazul în speță⁶².

În celebra speță *Monegasque De Reassurances S.A.M. v. Nak Naftogaz* din Ucraina, Curtea de Apel de Circuitul 2 a statuat că prima parte a art. III al Convenției de la New York, ce solicită instanțelor de exequatur să aplice „regulile de procedură din statul unde sentința este invocată”, în „condițiile stabilite în articolele următoare”, se referă doar la chestiunile de fond. Iar unica limitare în ceea ce privește chestiunile de procedură vizează norma stabilită în partea a doua a art. III, adică să nu stabilească „condițiuni mult mai riguroase” sau costuri mult mai ridicate decât pentru sentințele naționale. Astfel, atâta timp cât se încadrează în aceste limite, orice reguli de procedură naționale ar fi obligatorii, la care instanța încadrează și temeiul de *forum non conveniens*⁶³.

Îngrijorarea pentru care s-a recurs la acest temei a constat în încercările creditorilor de a cere recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale în numeroase state, doar pentru a-l atrage pe debitor în numeroase proceduri judiciare și a exercita, astfel, presiuni nedrepte asupra acestuia⁶⁴. Acest argument prezintă unele inconsistențe, deoarece debitorul are obligația de a onora sentința arbitrală, având dreptul de a alege când să plătească, evitând astfel dificultățile enunțate.

Forum non conveniens nu este stipulat de Convenție, deci invocarea acestuia ar contraveni principiului expunerii exhaustive a temeiurilor de refuz al recunoașterii și executării sentințelor arbitrale. Aplicarea acestui temei este criticată de doctrinari, dar și de magistrați. Asociația barourilor din New York a explicat că „regulile de procedură naționale trebuie să se conforme condițiilor stabilite prin art. V al Convenției”, iar „*forum non conveniens*” este contrar acestuia⁶⁵.

Puterea discreționară a instanței de judecată

Conform Convenției de la New York, instanței competente îi este atribuită o putere discreționară, dat fiind libertatea acordată acesteia de a decide, chiar și în cazul unui temei prevăzut de art. V alin. (1) să recunoască și încuviințeze executarea, sau să refuze aceasta. Atare discreție este lesne de perceput din textul oficial în engleză a Convenției, în care, la art. V se utilizează cuvântul „may” (în română „poate”), ceea ce sugerează că aceasta nu este obligată să respingă cererea în ca-

zul temeiurilor indicate. Totuși, alte texte oficiale, dar și traducerea în română se îndepărtează de la această formulare, folosind „nu vor fi refuzate ... decât”, care exclude puterea discreționară.

Chiar dacă obiectivul lăsării acestei libertăți vizează, în principal, atingerea principiului „eficacității maxime” a sentințelor arbitrale, există opinii care contrazic puterea discreționară a instanțelor⁶⁶, chiar dacă uneori aceasta ar fi pozitivă. Situațiile de incertitudine și imprevizibilitate create de unele hotărâri judecătorești contradictorii⁶⁷, luate în cazuri similare, contravin înseși obiectivelor Convenției. În plus, Convenția conține un alt instrument important, și anume, imputarea sarcinii probației pentru temeiurile de refuz pârâtului.

Făcând abstracție de unele cazuri nefericite, practica judiciară nu prezintă totuși semnale majore de abuz de această putere, atât în statele unde puterea discreționară a curților este recunoscută, cât și acolo unde aceasta nu există.

O altă limitare a competenței instanței de judecată sesizate ține de încadrarea stabilită prin art. V alin. (2), aceasta neputând să refuze *ex officio* cererea de recunoaștere și executare decât dacă constată unul din cele două temeiuri prevăzute la art. V alin. (2), încălcarea ordinii publice și a domeniului de arbitrabilitate. Aceasta deoarece, așa cum consideră profesorul român Octavian Căpățînă, etalonul arbitrabilității și al ordinii publice, sub toate formele sale, ca obstacole împotriva intrusiei unei sentințe arbitrale străine în țara primitoare, îi configurează principiile legislației locale din acel stat⁶⁸.

Căi de atac ale deciziei instanței de judecată referitor la recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine

Decizia instanței de judecată privind recunoașterea și executarea sau refuzul de a recunoaște și încuviința executarea sentinței arbitrale străine reprezintă un act judiciar al statului de recepție, care, la rândul său poate fi, dacă legea forului o prevede, contestat în instanțele superioare. Această posibilitate este justificată prin prisma sistemului judiciar național, însă poate provoca prelungirea excesivă a procesului, ceea ce contravine unuia din caracterele substanțiale ale arbitrajului, operativitatea și rapiditatea. Provocările părților implicate în arbitraj sunt de a cunoaște aceste proceduri, iar ale instituțiilor internaționale de a încerca o uniformizare a oportunităților de contestare, fie de a scurta acești termeni⁶⁹.

În majoritatea statelor, cererea de recunoaștere și executare se depune în instanțele rangul întâi, deciziile acestora putând fi ulterior contestate în instanțele de apel, apoi cu recurs, la Curțile Supreme⁷⁰. În situația când cererile se soluționează în procedură simplificată, deciziile în privința lor se contestă, de obicei, fie la aceeași instanță, fie la una superioară, în termene destul de restrânse, de la 5 la 14 zile. O a treia situație înregis-



trată în legislațiile naționale este posibilitatea unică de contestare, la Curtea Supremă. Termenele de înaintare a contestațiilor (apel fie recurs) se situează între 5 zile și o lună.

În literatura de specialitate, se invocă necesitatea respectării, inclusiv de instanțele judecătorești naționale, a principiului fundamental al Convenției de la New York, privind „prezumția regularității” sentințelor arbitrale și a atitudinii de „pro-executare”. Astfel, în unele state decizia de refuz a recunoașterii și executării sentinței arbitrale poate fi supusă contestării, în timp ce decizia de încuviințare nu poate fi atacată⁷¹.

Un alt aspect problematic la etapa apelului și/sau recursului la decizia de recunoaștere sau de refuz a sentinței arbitrale ține de temeiurile în baza cărora poate fi înaintată o contestare la această decizie, care sunt stipulate de *lex fori*. În general, acestea țin de incorectitudinea aplicării reglementărilor procedurale, precum și de erori grave nesancționate de prima instanță.

Alte îngrijorări, ce pot influența negativ eficacitatea sentințelor arbitrale reprezintă efectul suspensiv al apelului sau recursului introdus. Acesta va prelungi și mai mult perioada de injustiție pentru partea în favoarea căreia este sentința arbitrală. Un studiu arată totuși că majoritatea legislațiilor naționale⁷² prevăd posibilitatea solicitării suspendării executării deciziei de recunoaștere și executare, doar dacă este invocată, argumentată de pârât și încuviințată de instanță. În alte cazuri, odată cu introducerea apelului sau recursului, executarea sentinței este automat suspendată.

În acest context, este însă necesară o precizare. În unele legislații, cum este cea a Republicii Moldova⁷³, sau a Federației Ruse, încheierea instanței privind recunoașterea și încuviințarea executării silită a hotărârii arbitrale străine nu este suficientă pentru a realiza executarea silită. Odată cu devenirea încheierii irevocabile, adică dacă nu a fost atacată cu recurs în termenul stabilit de lege, în baza acesteia se eliberează un titlu executoriu, care servește drept act juridic pentru demararea acțiunilor de executare silită. Astfel, chiar dacă executarea încheierii este suspendată, nu se poate afirma o suspendare directă a executării silită a sentinței arbitrale.

Un alt aspect procedural care este lăsat în seama reglementărilor naționale ale statelor este citarea părților și participarea acestora în procesul de examinare a cererii de recunoaștere și executare a sentinței arbitrale străine. Reglementările în această privință depind de tipul de procedură stabilit. Astfel, în majoritatea cazurilor citarea debitorului se efectuează în conformitate cu legea procesuală a forului, însă neprezentarea acestuia nu împiedică examinarea cererii.

Principiul confidențialității arbitrajului comercial internațional la etapa recunoașterii și executării sentințelor arbitrale străine

Confidențialitatea este unul din cele mai atractive

avantaje ale arbitrajului comercial internațional, fiind protejat cu abnegație pe parcursul procedurii arbitrale⁷⁴. Doriința părților de a asigura confidențialitatea litigiului și a convențiilor între acestea reiese din însăși convenția de arbitraj, prin care acestea își manifestă voința de a conferi tranșarea diferendului lor arbitrajului. Însă ce se întâmplă cu această doriință a părților la etapa recunoașterii și executării în instanțele de drept comun, unde principiul publicității este, de asemenea, un atribut substanțial al actului de justiție. Acesta este fundamentat și de art.6(1) al Convenției Europene pentru Drepturile Omului (CEDO), care stabilește dreptul persoanelor la judecarea cauzelor în mod public, iar hotărârea va fi pronunțată public.

În consecință, legislațiile procedurale ale statelor membre la CEDO prevăd publicitatea procesului ca și regulă, reglementând excepțiile de la aceasta, în condițiile stabilite de art.6(1) al CEDO. Prin urmare, examinarea cererii de recunoaștere și executare a sentinței arbitrale se va efectua cu respectarea regulii publicității, aceasta însemnând că unele informații referitoare la părți, litigiul între părți, fie la sentință vor deveni publice, banalizând, astfel, orice atribut al confidențialității conferit arbitrajului.

Problematica oportunității asigurării confidențialității, sau, cel puțin, a unei intimități, pentru procedurile vizând recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale este una destul de complexă, analizată pe larg în doctrină și expusă, deja pe alocuri, și în practica judiciară. Scopul primar al acesteia este de a găsi un echilibru între voința părților de a menține confidențiale informațiile referite în arbitraj și standardele internaționale recunoscute privind procesul echitabil.

Noțiunea confidențialității este înțeleasă prin referință la următoarele categorii de informații: cea referitoare la existența însăși a litigiului; numele părților, a arbitrilor implicați în procesul arbitral; acuzațiile ridicate de părți; documentele utilizate în cursul arbitrajului (memoriile părților, declarațiile scrise, rapoartele experților, procesele verbale ale ședințelor și audierilor, etc.); declarațiile orale și scrise ale părților, martorilor, experților; deliberările arbitrilor⁷⁵.

În Noua Zeelandă⁷⁶, confidențialitatea este atribuită prin lege arbitrajului și recunoscută, ca rezultat, și sentințelor arbitrale. În Franța și Anglia, confidențialitatea este recunoscută ca și atribut implicit al arbitrajului, fiindu-i acordat, caz după caz, o atenție specială. În alte state, cum ar fi Suedia sau Australia, practica judiciară solicită mențiunea expresă a respectării confidențialității stabilită de părți în convenția arbitrală⁷⁷.

Cea mai clară poziție privind aceste aspecte se regăsește în precedentele judiciare din Marea Britanie. Instanțele engleze au recunoscut în dese cazuri că confidențialitatea în procesul arbitral trebuie să fie protejată, cu excepția cazului când, pe motiv de interes public, este necesar ca o hotărâre de judecată să devină publică⁷⁸.

Analiza sumară, în scopul prezentei lucrări, arată



că subiectul confidențialității la etapa recunoașterii și executării a devenit unul sensibil, fiind deja analizat în practica judiciară. Chiar dacă încă nu există suficiente interpretări similare celor din Anglia, se pot totuși determina anumite tendințe de a extinde sfera confidențialității agreeate convențional de părți la procedura de recunoaștere și executare a sentințelor. Interpretările aduse art.6(1) al CEDO sunt favorabile acestor interpretări. Aceste dezvoltări demonstrează încă o dată despre evoluția continuă a instituției arbitrajului internațional și a locului major pe care acesta îl are în infrastructura legală privind comerțul internațional⁷⁹.

După cum am văzut *supra*, recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine se întemeiază pe normele Convenției de la New York din 1958 și pe dispozițiile dreptului comun, și presupune sesizarea instanței competente, depunerea documentelor cerute de Convenție, respectarea procedurii stabilite de *lex proceduralis fori*, cu citarea părților, ascultarea lor în procedură contradictorie, sau prin procedură *ex parte*, pronunțarea unei decizii (încheieri) în privința cererii, care este susceptibilă de a fi atacată, iar după ce acestea rămân definitive, se urmărește investirea cu formulă executorie prin titlul executoriu, urmată de o cerere adresată organului de executare. Așa cum o arată practica, soluționarea unei cereri de recunoaștere și executare a sentinței arbitrale străine poate dura la fel de mult ca o judecată în fond a litigiului, ceea ce constituie un dezavantaj ce nu poate fi ignorat și care cântărește greu în alegerea căii pentru soluționarea litigiului. De aici și marele interes în uniformizarea acestor proceduri naționale și stabilirea unor bune standarde de operare. O altă soluție vehiculată în doctrină vizează completarea și modificarea Convenției de la New York, fie adoptarea unei noi convenții internaționale care să o înlocuiască.

Un studiu efectuat de UNCITRAL arată că art.IV este interpretat foarte neechivoc, secretariatul propunând să se studieze posibilitatea unei asistențe în scopul înlăturării acestei situații de incertitudine⁸⁰. Astfel, în scopul asigurării unei circulații eficiente a sentințelor arbitrale, în același ritm cu comerțul mondial, o atenție deosebită necesită a fi acordată nu doar temeiurilor de refuz a recunoașterii și executării sentințelor arbitrale străine, dar și procedurii de recunoaștere și executare. Aceasta trebuie să integreze o abordare specifică arbitrajului comercial internațional, să fie eficientă, dar în același timp lipsită de constrângeri nejustificate față de sentințele arbitrale străine.

Procesul de facilitare a efectelor extrateritoriale a sentințelor arbitrale străine a fost realizabil datorită elementului de progres incontestabil al Convenției de la New York, prin asimilarea sentințelor arbitrale cu actele jurisdicționale interne din statul de recepție, ca urmare a unei proceduri de recunoaștere bine încadrat de principiile fundamentale ale Convenției. Eforturile de studiere și analiză constantă a dreptului comun, dar și a

practicii judiciare de forurile internaționale specializate în arbitraj și doctrină au contribuit la uniformizarea interpretării și aplicării Convenției în statele membre. O provocare iminentă pentru legislațiile și magistrații statelor ca Republica Moldova o constituie cunoașterea acestor practici străine, a interpretărilor și tendințelor contemporane, dar coerența cu acestea a practicii judiciare naționale și perfecționarea legislației de aplicare a Convenției de la New York în Republica Moldova.

Acestea eforturi sunt indispensabile dacă Republica Moldova își propune să beneficieze de dezvoltare economică rezultată de un comerț exterior dinamic, să atragă investiții și parteneri comerciali, pentru care arbitrajul comercial internațional și eficacitatea acestuia constituie unul din criteriile de bază ale activității economice internaționale.

Note:

¹ *Tratate internaționale*, 1999, vol. 15, p.169. Site-ul oficial al Convenției de la New York din 10 iunie 1958: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

² Un sistem mai performant de recunoaștere și executare este instituit în Uniunea Europeană de Regulamentul nr. 44/2001 Consiliului, din 22 decembrie 2000, privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială // JO L 12, 16.1.2001, p. 1.

³ Legea nr.231 din 25.11.2011 cu privire la aprobarea Strategiei de reformă a sectorului justiției pentru anii 2011-2016, publicată în *Monitorul Oficial al RM*, nr.1-6, din 6.0.1.2012.

⁴ Articolul III al Convenției de la New York din 1958.

⁵ Adagiul latin „*pacta sunt servanda*” a fost exprimat în Codul lui Justinian ca „*sancimus nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentem decipere*”(traducere: nu vom permite nimănui să-și încalce propriile convenții și, prin urmare, să deșerteze pe contractantul său). Canoanele medievale au abandonat cerințele sau forma de a considera acordurile obligatorii pentru părți, cu excepția celor imorale sau ilegale. Ulterior, a fost acceptată opinia că acordurile vor rămâne obligatorii atâta timp cât situația rămâne neschimbată, adică *rebus sic standibus*: Brownlie I., *Principles of public international law*, 6 ed., Oxford University Press, 2003, p. 579-609.

⁶ Convenția de la New York din 1958, trebuie interpretată cu respectarea prevederilor art. 31 și 32 ale Convenției de la Viena privind dreptul tratatelor, din 27 ianuarie 1980. În cazul unor ambiguități, termenii Convenției vor fi interpretați ținând cont de contextul în care a fost elaborată aceasta și obiectivele sale. Scopul primar al Convenției este proclamat ca fiind „promovarea comerțului și soluționarea litigiilor prin arbitraj”, unul din principiile de bază fiind principiul eficacității maxime („pro-enforcement bias”).

⁷ Consiliul Economic și Social al Organizației Națiunilor Unite.

⁸ ECOSOC Draft Convention, art. II (UN DOC E/2704 and Corr.1); ICC Draft Convention, 1953, art.II (UN DOC E/C.3/73/Add.1).

⁹ Comments on the Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Note by the Secretary General, UN DOC E/CONF.26/2, 6 Martie 1958, reprinted în Gaja, at III.B.1.7.

¹⁰ Yearbook of Commercial Arbitration nr. XVIII, 1993, *Pri-velegiata Fabbrica Maraschino Excelsior Girolamo Luxando SpA v. Agrarcommertz AG, decizia Curții de Casație din 15 ianuarie 1992*.



¹¹ Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, *La Naviera Grancebaco S.A. v Italgrani*, Decizia tribunalului din Napoli din 30 iunie 1976, p.861, 1977.

¹² Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola Christine Port, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, Olanda, 2010, p.120.

¹³ Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola Christine Port, op.cit., p.211. Curtea de Apel din Celle, Schieds VZ 2004, p.167, decizia din 4 Septembrie 2003, Yearbook of Commercial Arbitration nr. XXX, 2005, p.532-533. OLG Schleswig, RIW 2000, decizia din 30 martie 2000, Yearbook of Commercial Arbitration nr. XXXI, 2006, p.655-656, Curtea de Apel din Schleswig, Germania.

¹⁴ Martinez Ramona, *Recognition and enforcement of international arbitral awards under the United Nations Convention of 1958*, 1990, p.487.

¹⁵ Sanders Pieter, *Quo Vadis arbitration?: sixty years of arbitration practice*, Kluwer Law International, 1999, p.68.

¹⁶ Albert Jan Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Denver/Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, p.248.

¹⁷ Legea Republicii Moldova cu privire la arbitrajul comercial internațional din 2008, Legea Ucrainei cu privire la arbitrajul comercial internațional din 1994; Legea Federației Ruse cu privire la arbitrajul comercial internațional din 1993, Noul Cod de procedură civilă al Franței conform reformei din 14 ianuarie 2011; ș.a.

¹⁸ De exemplu, Legea Indiei cu privire la arbitraj și conciliere din 1996, sau în cazul când arbitrii statuează *ex aequo et bono* etc.

¹⁹ Alvarez Henri C., *The implementation of the New York Convention in Canada*, // *Journal of International Arbitration*, nr.25, 2008, p. 669-679, 676. *Cazul Food Services of America, Inc. v. Pan Pacific Specialties Ltd.*, 1997, CanLII 3604, Curtea Supremă a British Columbia, Canada; *Cazul Schreter v. Gasmac Inc.* 1992, 7 O.R. (3d) 608, Curtea din Ontario, Canada. Komarov Alexander, *The Arbitral award: some comments on the 1999 Swedish Arbitration Act* // *Arbitration International*, 2001, nr.17, p.411.

²⁰ Curtea de Apel din Bremen, OLG Bremen, BB 2000, anexa 12, Yearbook of Commercial Arbitration, nr. XXXI 2006, p. 648.

²¹ Julien D.M. Lew, Loukas A.Mistelis, Stéfán M.Król, *Comparative International Commercial Arbitration*, the Hague: Kluwer International, 2003, p. 648-656 (q.24-19).

²² Curtea de Casație a Italiei, decizia no.2919 din 14 martie 1995, *Societa Distillerie Meridionali v. Schuumans & Van Ginneken BV*, Yearbook Commercial Arbitration nr. XXI, 1996, p.607-609.

²³ Curtea Supremă de Apel, Colegiul civil, Departamentul civil nr.5, 23 februarie 1999, *ECONERG Ltd. v. National Electricity company A.D.*, Yearbook Commercial Arbitration nr. XXV, 2000, p.519-523.

²⁴ Art.37(1) al legii 9.307 din 23 septembrie 1996, prevede că autentificarea trebuie realizată de un consul al Braziliei, conform Legii Braziliei.

²⁵ *Medison Co. Ltd. v. Victor Far East Ltd.*, decizia din 2000, Yearbook Commercial Arbitration nr. XXVI, 2001, p.776.

²⁶ *Mangistaumunaigaz Oil Production Association v. United World Trade Inc.*, no.96-W4-1290-WDm decizia din 1997, Yearbook Commercial Arbitration nr. XXIV, din 1999, p. 811; *Bergesen v. Joseph Muller AG*, 701 F2d 928,, decizia din 1983, Yearbook Commercial Arbitration nr. IX, 1984, p. 494.

²⁷ Tribunalul Suprem, Camera Civilă, decizia din 1 aprilie 2003, *Satiko Shipping Company Limited v. Maderas Iglesias*, Yearbook Commercial Arbitration nr. XXXII, 2007, p.582-590.

²⁸ Yearbook Commercial Arbitration nr. XXII 1997, p. 792-793.

²⁹ Oberlandesgericht, Munich, 17 decembrie 2008, Seller v.

German Assignee, Yearbook Commercial Arbitration nr. XXXV 2010, p.359-361; Oberlandesgericht, Munich, 27 februarie 2009, *Carrier v. German Customer*, Yearbook Commercial Arbitration nr. XXXV, 2010, p.365-366.

³⁰ *Trans-Pacific Shipping Co. v. Atlantic & Orient Shipping Corp.*, 1 FCR 154, Yearbook Commercial Arbitration nr. XXXI, 2006, p.605-606.

³¹ Ph.Fouchard, Em.Gaillard, B.Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial*, Litec, Paris, 1996, p.985.

³² Albert Jan Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: ...*, p.256.

³³ Карабельников Б.Р., *Признание и приведение в исполнение международных арбитражных, ...* Издательский дом "Юстицинформ", 2001, с.129.

³⁴ *Yucos Oil Co. v. Dardana Ltd.*, Yearbook Commercial Arbitration nr. XXVII, 2002, p.820.

³⁵ Curtea Supremă a Austriei, OGH, SZ 1991, 323, decizia din 22 mai 1991, Yearbook Commercial Arbitration nr.XXI, 1996, p. 522; Curtea de Apel din Bermude, *Sojuznefteexport v. JOC Oil Ltd.*, Yearbook Commercial Arbitration nr.XV, 1990, p.398.

³⁶ Curtea Supremă a Spaniei, *Satiko Shipping Co. Ltd. v. Maderas Iglesias*, decizia din 2003, Yearbook Commercial Arbitration nr.XXXII, 2007, p. 584-585.

³⁷ *Beromun Aktiengesellschaft v. Societa Industriale Agricola Tresse*, 471 F. Supp, Curtea districtuală a districtului de sud a New York, decizia din 1979, Yearbook Commercial Arbitration nr.1981, p.243,.

³⁸ Curtea de Apel din Celle, Germania, Schieds VZ 2004, decizia din 4 septembrie 2003, Yearbook Commercial Arbitration nr.XXXII, 2007, p. 552-553 – a refuzat o cerere pe motiv ca copia faxului prezentat nu prezenta într-o formă citează convenția arbitrală cu semnăturile părților.

³⁹ *Pal Australia Shipping Pty Ltd v. The Ship „Comandante”*, FCA 1112, decizia Curtii Federale a Australiei din 22 august 2006, Yearbook of Commercial Arbitration nr. XXXII, 2007, p.224.

⁴⁰ Considerations of the Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, UN DOC E/CONF.26/L.52, din 5 iunie 1958, accesibil la : <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-conf-26-1/52-N5813405.pdf>

⁴¹ Convenția Națiunilor Unite privind Utilizarea Comunicărilor Electronice în Contractele Internaționale, adoptată la 25 noiembrie 2005,

⁴² Notă explicativă a secretariatului nr. A/CN.9/WG.II/WP.132, „Inclusion of a reference to the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the draft convention on the use of electronic communications in international contracts”, accesibilă la : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V04/S65/78/PDF/V0456578.pdf?OpenElement>

⁴³ Albert Jan van den Berg, *The New York Convention – Towards a uniform judicial ...* Londra 1981, p.251.

⁴⁴ *Ibidem*, p.261-262.

⁴⁵ Kronke Herbert, Nacimiento Patricia, Otto Dirk, Christine Port Nicola, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, Olanda, 2010, p.190-191.

⁴⁶ Codul de procedură civilă al Republicii Moldova nr.225-XV din 30.05.2003 // *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr.111-115/451 din 12.06.2003.

⁴⁷ Legea Republicii Moldova cu privire la arbitrajul comercial internațional, nr.24-XV din 22.02.2008 // *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, nr. 88-89/316, din 20.05.2008. Intrată în vigoare la 20.06.2008. Legea cu privire la arbitrajul comercial internațional este elaborată după Legea-model a Comisiei Națiunilor unite pentru dreptul comercial internațional(UNCITRAL) cu privire la arbitrajul comercial internațional, din1985.



⁴⁸ Kröl Stefan, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Germany // International Arbitration Law Review*, 5, 2002, nr.5, p.160-177, p.164.

⁴⁹ Cojocaru Violeta, *Recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești străine în materie civilă în Republica Moldova*, p.68-69.

⁵⁰ UNCITRAL, Report on the survey relating to the legislative implementation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), A/CN.9/656/Add.1, 24 pag. Accesibil la <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V08/541/30/PDF/V0854130.pdf?OpenElement>

⁵¹ Cojocaru Violeta, *Recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești străine în materie civilă în Republica Moldova*, p.69.

⁵² *Antclizo Shipping Corporation & Ors v. The Food Corporation of India*, 1998, WASC 342, Curtea Supremă a Australiei de Vest, Australia, accesibil la <http://www.austlii.edu.au/au/cases/wa/WASC/1998/342.html>.

⁵³ UNCITRAL, Report on the survey relating to the legislative implementation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), A/CN.9/656/Add.1, 24 pag. Anexa. Pag.11. Accesibil la <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V08/541/30/PDF/V0854130.pdf?OpenElement>.

⁵⁴ Turcia, Slovenia, Suedia, Polonia, Italia, Japonia, Grecia, Luxembourg, Finlanda, Franța, Republica Cehă, ș.a.

⁵⁵ Kronke Herbert, Nacimiento Patricia, Otto Dirk, Port Nicola Christine, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, Olanda, 2010, p.127-128.

⁵⁶ UNCITRAL, Report on the survey relating to the legislative implementation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), A/CN.9/656/Add.1, p.2. Accesibil la <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V08/541/30/PDF/V0854130.pdf?OpenElement>

⁵⁷ De exemplu, în Franța (Noul Cod de procedură civilă al Franței art.1477 și 1500) sau Belgia (Codul judiciar al Belgiei art.1719 alin.(1)).

⁵⁸ *Transatlantic Bulk Shipping Ltd. V. Saudi Chatering S.A.*, 622 F.Supp., US District Court for Southern District of New York, decizia din 1985, Yearbook of Commercial Arbitration nr. XI, 1986, p. 577-578.

⁵⁹ *Glencore Grain Rotterdam B.V. v Shivnath Rai Harnarain Co.*, US Court of Appeals for 9th Circuit, decizia din 2002, Yearbook of Commercial Arbitration nr. XXVII, 2002, p. 927; *Monegasque de Reassurances S.A.M. (MondeRe) v. Nak Naftogaz of Ukraine*, 311 F.3d.488, US Court of Appeals for 2nd Circuit, decizia din 2002, Yearbook of Commercial Arbitration nr. XXVIII, 2003, p.1096.

⁶⁰ David W.Feder, *The forum non conveniens dismissal in the absence of the subject-matter jurisdiction // Fordham Law Review*, 2006, vol.74, 74 3147 (2006), pag.3147-3187, p.3165.

⁶¹ *Sinochem International Co. v. Malay International Shipping Corp.*, 549 U.S. 422, la 429, Curtea Supremă a Statelor Unite, decizia din 2007, accesibil la <http://laws.findlaw.com/us/000/06-102.html>.

⁶² William W.Park, *Respecting the New York Convention*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2007, vol.18/ no.2, p.65-77, 73.

⁶³ *Monegasque de Reassurances S.A.M. (MondeRe) v. Nak Naftogaz of Ukraine*, 311 F.3d.488, US Court of Appeals for 2nd

Circuit, decizia din 2002, Yearbook of Commercial Arbitration nr. XXVIII, 2003, p.1096.

⁶⁴ *Monegasque de Reassurances S.A.M. (MondeRe) v. Nak Naftogaz of Ukraine*, 311 F.3d.488, US Court of Appeals for 2nd Circuit, decizia din 2002, Yearbook of Commercial Arbitration nr. XXVIII, 2003, p.1096.

⁶⁵ International Commercial Disputes Committee of the Association of the Bar of the City of New York, „Lack of Jurisdiction and forum non conveniens as defences to the enforcement of foreign arbitral awards”, accesibil la <http://www.nycbar.org/pdf/report/ForeignArbitral.pdf>, pag.3, 6-17.

⁶⁶ Kronke Herbert, Nacimiento Patricia, Otto Dirk, Christine Port Nicola, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, Olanda, 2010, p.207.

⁶⁷ De exemplu, cazurile Soleimagny, Westcare, Hilmarton.

⁶⁸ Căpălină Octavian, *Circulația transnațională a sentințelor arbitrale // Revista de drept comercial*, 1998, nr.1, p.5.

⁶⁹ Albert Jan van den Berg, *Why are some awards enforceable?*, p.291-326, ICCA International Arbitration Congress series, no.12, „New horizons in International Commercial Arbitration and beyond”, Kluwer Law International, 2005, p.324-326.

⁷⁰ UNCITRAL, Report on the survey relating to the legislative implementation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), A/CN.9/656/Add.1, 24 pag., pag. 6, accesibil la <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V08/541/30/PDF/V0854130.pdf?OpenElement>.

⁷¹ Legea cu privire la arbitraj a Egiptului din 1994, art.58(3). Legea cu privire la arbitraj a Iordanului din 2001, art.54B.

⁷² De exemplu, legislațiile Norvegiei, Ungariei, Italiei, Germaniei, Georgiei, Austriei, Finlanda, Estonia etc.

⁷³ Codul de procedură civilă al Republicii Moldova, art.470 alin.(7).

⁷⁴ VDDs Marc, Confidentiality of Arbitration and the obligation to disclose information on listed companies during due diligence investigations, 2003, 20(2), Journal of International Arbitration, 211, 211-216. A.Redfern and others, 32-41, LE Trackman „Confidentiality in international commercial arbitration”, 2002, 18(1), Arbitration International, 1, p.,1-18. H.Bagner, „Confidentialiy – a fundamental principle in international commercial arbitration?”, 2001, 18(2), Leonila Guglya, „Confidentiality in enforcement phase of international arbitration”, VDM Verlag, Saarbrucken 2008, 66 p.

⁷⁵ Guglya Leonila, *Confidentiality in enforcement phase of international arbitration*, p.39.

⁷⁶ *Television New Zealand Ltd. v. Langely Productions Ltd.*, din 2000, 2 NZLR, Quentin Loh Sze On SC, Edwin Lee Peng Khoon, Quentin Sze On Loh, Edwin Peng Khoon Lee, Confidentiality in Arbitration: How Far Does It Extend?, Singapore Academy of Law, 2007, p.40.

⁷⁷ *Trade Finance Inc. v. Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd.; Commonwealth of Australia v. Cockatoo Dockyard Pty Ltd; Esso Australia Ressources Ltd. v. Plowman.*

⁷⁸ Guglya Leonila, *Confidentiality in enforcement phase of international arbitration*, VDM Verlag, Saarbrucken 2008, p.51.

⁷⁹ Guglya Leonila, *Confidentiality in enforcement phase of international arbitration*, p.53.

⁸⁰ UNCITRAL, Report on the survey relating to the legislative implementation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), A/CN.9/656/Add.1, 24 pag., pag. 6, accesibil la <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V08/541/30/PDF/V0854130.pdf?OpenElement>