

You have downloaded a document from



The Central and Eastern European Online Library

The joined archive of hundreds of Central-, East- and South-East-European publishers, research institutes, and various content providers

Source: Revista „Dreptul”

Law review

Location: Romania

Author(s): Csongor István Nagy

Title: Legea aplicabilă arbitrabilității și executarea sentințelor arbitrare: este timpul să depășim principiul ordinii publice?
Law applicable to arbitrability and enforcement of arbitral awards: is it time to go beyond the principle of public order?

Issue: 01/2022

Citation style: Csongor István Nagy. "Legea aplicabilă arbitrabilității și executarea sentințelor arbitrare: este timpul să depășim principiul ordinii publice?". Revista „Dreptul” 01:91-103.

<https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=1013841>

LEGEA APLICABILĂ ARBITRABILITĂȚII ȘI EXECUTAREA SENTINȚELOR ARBITRALE: ESTE TIMPUL SĂ DEPĂȘIM PRINCIPIUL ORDINII PUBLICE?

Prof. CSONGOR ISTVÁN NAGY^{*}

Șef de catedră – Universitatea din Seghedin, Ungaria

ABSTRACT

Arbitrability is the entry point of arbitration: it identifies those cases which can be settled by way of arbitration and in which the parties can exclude court procedures and state courts. This article examines, in light of the applicable international treaties, the choice-of-law rule that determines the law applicable to arbitrability and, in order to establish this choice-of-law rule, analyzes the purpose of arbitrability. It argues that arbitrability should be conceived as a question of competence and not as a question emerging from public policy. It follows from this thesis that the application of the law of the forum (*lex fori*), the dominant approach in international treaty law, is not justified and the exclusion of arbitrability is warranted only in cases which belong to the exclusive competence of the courts of or raise real problems of public policy for the forum.

Key words:

arbitrability; exclusive competence; Geneva Convention of 1961; New York Convention of 1958; arbitration convention; public policy.

1. Introducere

Fără îndoială, arbitrabilitatea, deci chestiunea dacă un litigiu/diferend poate fi rezolvat prin arbitraj, este una dintre chestiunile fundamentale ale arbitrajului¹. Arbitrabilitatea este poarta de intrare a arbitrajului: aceasta stabilește când poate să aibă loc procedura arbitrală și în care cazuri pot părțile exclude procedura judecătorească și instanțele statale. Acest articol examinează, în lumina convențiilor internaționale care

^{*} Profesor și șef de catedră, Universitatea din Seghedin, Ungaria; profesor de cercetare, ELKH Institutul de Științe Sociale, Budapesta, Ungaria; profesor invitat, Universitatea Central Europeană, Viena, Austria; e-mail: nagycs@juris.u-szeged.hu

¹ A se vedea B. Onica-Jarka, *Arbitrabilitatea unui litigiu între vocație și eficacitate juridică*, în „Curierul judiciar” nr. 12/2019, p. 700–702.

reglementează arbitrajul, regula conflictuală definind legea aplicabilă arbitrabilității și – pentru a defini această normă conflictuală – analizează scopul acestei instituții.

În acest articol, argumentez pentru a concepe arbitrabilitatea ca o chestiune de competență, și nu ca o chestiune decurgând din ordinea publică. Din această teză urmează că aplicarea legii forului (*lex fori*), care este abordarea dominantă în dreptul tratatelor internaționale, nu este justificată și excluderea arbitrabilității este legitimată numai în cazurile care aparțin competenței exclusive a instanțelor judecătorești sau ridică probleme reale de ordine publică din punctul de vedere al forului. Propunerea mea argumentează împotriva abordării majoritare, conform căreia arbitrabilitatea, la fel ca și competența, nu reprezintă o chestiune separată de ordinea publică. În opinia mea, conceptul de ordine publică are o sferă mai largă decât aceea implicată în delimitarea competenței materiale.

Cu toate acestea, se observă că abordarea controversată a tratatelor internaționale se reflectă și în dreptul român.

Pe de o parte, art. 1112 din Codul de procedură civilă (C.pr.civ.) prevede că „[o]rice 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.” Trebuie subliniat că această prevedere nu se ocupă cu chestiunea arbitrabilității (și cu legea aplicabilă acesteia). Articolul 1112 exclude arbitrajul numai în cazuri care aparțin competenței exclusive a instanțelor judecătorești ale statului de sediu al instanței arbitrale. Competența judecătorească exclusivă și arbitrabilitatea sunt două noțiuni separate, absența arbitrabilității nu implică competența exclusivă a instanțelor judecătorești. S-ar putea spune că art. 1112 C.pr.civ. nu urmează principiul *lex fori*, fiindcă părțile au posibilitatea să aleagă locul procedurii arbitrale și să ia în considerare regulile locale privitoare la competența exclusivă a instanțelor locale. Din păcate, în ceea ce privește aplicarea practică, această prevedere în general se impune numai atunci când sediul instanței arbitrale se află în România (conform art. 1111 alin. (2) C.pr.civ., „[d]ispozițiile prezentului capitol se aplică oricărui arbitraj internațional dacă sediul instanței arbitrale se află în România”).

Pe de altă parte, mai important este că, în conformitate cu art. 1125 C.pr.civ., hotărârile arbitrale străine nu pot fi recunoscute și executate în România², dacă nu sunt arbitrabile după dreptul român (condiția care spune că „diferendul formând obiectul acesteia poate fi soluționat pe cale arbitrală în România”)³. Cu alte cuvinte, când e vorba de recunoașterea și executarea unei sentințe arbitrale străine, arbitrabilitatea este reglementată de legea forului. Condiția conform căreia litigiul trebuie să fie arbitrabil și

² Privind executarea sentințelor arbitrale pe teritoriul României, a se vedea C. Jugastru, *Considerații privind ordinea publică europeană*, în „Analele I.I.G. Barițiu din Cluj-Napoca, Series Humanistica”, t. IX; C. C. Vasile, *Legea aplicabilă în arbitrajul comercial internațional ad-hoc (teză de doctorat)*, UB, Facultatea de Drept, București, 2011; E. Gh. Moroianu, *Conceptul de ordine juridică*, în „Studii de drept românesc” nr. 1–2/2008, p. 33–42.

³ C. Buglea, *Arbitrajul internațional și efectele hotărârilor arbitrale străine potrivit noii reglementări oferite de noul Cod de procedură civilă*, în „Analele Universității din București, Seria Drept” nr. 1/2013, p. 81.

după dreptul român pare a fi redundantă: conform art. 1125 C.pr.civ., ca un motiv de refuz independent de chestiunea arbitrabilității, instanțele judecătorești române întotdeauna au posibilitatea de a refuza recunoașterea și executarea unei sentințe arbitrale străine, dacă aceasta încalcă ordinea publică⁴. Dacă arbitrabilitatea ar face parte din ordinea publică, de ce ar fi trebuit să fie numită ca un motiv de refuz separat?

2. Scopul și noțiunea arbitrabilității

Dreptul internațional privat exclude cauze din arbitraj pentru două motive (arbitrabilitate obiectivă)⁵.

Pe de o parte, arbitrabilitatea poate fi concepută ca emanația ordinii publice⁶. Această abordare este bazată pe ideea că stipularea arbitrajului într-o anumită cauză, datorită caracteristicilor acesteia, încalcă în mod manifest principiile fundamentale ale forului⁷. Esența acestei abordări este că arbitrajul, în cauze care după legea forului nu sunt arbitrabile, încalcă în sine ordinea publică, chiar dacă nu e nicio legătură între cauză și for sau această legătură este slabă. Bineînțeles, există cazuri în care procedura arbitrală poate fi inechitabilă în anumite circumstanțe. De pildă, dacă contractul este încheiat cu o parte mai slabă (consumator⁸, angajat⁹), situația asimetrică poate necesita protejarea acestei părți, implicând restrângerea sau excluderea arbitrajului pentru soluționarea diferendului. Procedura arbitrală poate fi mult mai scumpă decât litigiul în fața instanțelor judecătorești, ceea ce poate restrânge posibilitățile părților mai slabe. De

⁴ „Orice hotărâre arbitrală dintre cele prevăzute la art. 1124 este recunoscută și poate fi executată în România dacă diferendul formând obiectul acesteia poate fi soluționat pe cale arbitrală în România și dacă hotărârea nu conține dispoziții contrare ordinii publice de drept internațional privat român.” Trebuie remarcat că art. 1125 C.pr.civ. face însă referire la o anumită ordine publică, aceea de drept internațional privat, nu la conceptul generic de ordine publică internă care vizează interesul general, și ordinea publică de drept internațional privat vizează convențiile la care România este parte.

⁵ Privind noțiunea arbitrabilității obiective și subiective, a se vedea T. C. Briciu, *Unele aspecte privind arbitrabilitatea litigiilor interne în lumina noului Cod de procedură civilă*, în „Pandectele române” nr. 8/2013, p. 25–33.

⁶ L. A. Mistelis, *Part I Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 – Arbitrability – International and Comparative Perspectives*, în L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (dir.), „Arbitrability: International and Comparative Perspectives”, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 1:19–1:24.

⁷ A se vedea Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB), 6. §; *Parsons & Whittemore*, 508 F.2d 969, 974 (2d Cir. 1974); *Termorio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928, 938 (D.C. Cir. 2007), *Newco Limited v. Government of Belize*, No. 15–7077 (D.C. Cir. May 13, 2016).

⁸ A se vedea Cauza *Seidel v. TELUS Communications Inc.* 2011 SCC 15. Privind dreptul român, a se vedea J. Goicovici, *Nulitatea clauzelor compromisorii semnate de consumatori*, în „Revista română de arbitraj” nr. 2/2016, p. 1–10.

⁹ A se vedea Cauza *Uber Technologies Inc. v. Heller* 2020 SCC 16. Privind dreptul român, a se vedea M. Dub, *Compatibilitatea clauzei compromisorii cu contractul individual de muncă*, în „Revista de drept social” nr. 2/2017, p. 3–5.

asemenea, anumite cauze, ca de exemplu procedura insolvenței, cuprind accentuate obligații de informare și au efecte importante față de terți¹⁰. Aceste aspecte nu pot fi adresate într-un mod eficace în procedura arbitrală, care se restrânge la raporturile juridice dintre părți, fiindcă puterea arbitrilor este relativă, adică limitată de autonomia privată și nu poate fi extinsă dincolo de acordul părților. Trebuie accentuat faptul că aplicarea normelor imperative n-ar trebui să excludă (în sine) procedura arbitrală. Arbitrii sunt de asemenea capabili să aplice aceste norme la fel ca instanțele judecătorești, așadar această circumstanță nu ar trebui să excludă posibilitatea de a rezolva un diferend prin arbitraj. Bineînțeles, aplicarea eronată a regulilor imperative, întrucât acestea din urmă sunt emanația ordinii publice, pot foarte ușor cauza încălcarea ordinii publice și servi ca un motiv de anulare¹¹.

Pe de altă parte, arbitrabilitatea poate fi concepută ca o chestiune de competență¹². Procedura arbitrală decurge din voința comună a părților. Totuși această autonomie este bazată pe decizia statului de a privatiza o parte din competența instanțelor judecătorești. În acest sens, arbitrajul funcționează numai în domeniile în care a primit această autorizare statală și statul are evident puterea de a reține anumite domenii instanțelor judecătorești. Motivele acestei rețineri pot fi mult mai puțin coercitive decât ordinea publică. În această teorie, arbitrabilitatea este concepută ca o delegare de puteri sau privatizarea justiției, a cărei sferă nu este limitată prin noțiunea obscură a ordinii publice, ci prin decizia discreționară a legiuitorului.

Atât Convenția de la New York din 1958¹³, cât și Legea-model a UNCITRAL¹⁴ indică faptul că legătura dintre arbitrabilitate și ordine publică nu este una evidentă. Ambele acte privesc ordinea publică și arbitrabilitatea ca noțiuni separate și independente. Convenția de la New York din 1958 și Legea-model a UNCITRAL cunosc două elemente care trebuie analizate din oficiu în privința unei sentințe arbitrale (primul

¹⁰ F. Nițu, C. Turenici, *Interfața arbitraj comercial – insolvență. Elemente de ordine publică în practica arbitrală europeană și națională*, în „Revista română de drept al afacerilor” nr. 1/2017, p. 85–113. Privind litigiile în materia societăților comerciale, a se vedea S. Bodu, *Arbitrabilitatea litigiilor în materia societăților comerciale. Aspecte corelative de drept material și procesual*, în „Revista societăților și dreptului comercial” nr. 4/2018, p. 52–71; C. Popa, *Arbitrabilitatea acțiunilor în anularea hotărârilor adunării generale a acționarilor*, în „Revista română de drept al afacerilor” nr. 6/2019, p. 51–62. Privind arbitrabilitatea litigiilor în materia dreptului proprietății intelectuale, a se vedea S. Florea, *Considerații privind arbitrabilitatea litigiilor în materia dreptului proprietății intelectuale*, în „Revista română de arbitraj” nr. 4/2012, p. 49–62.

¹¹ A se vedea *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985); Á. Boóc, *Észrevételek a kereskedelmi választottbírószági ítéletek érvénytelenítéséről a közrendbe ütközés okán a magyar jogban*, în „Jogtudományi Közlöny” no. 4/2020, p. 167–173.

¹² S. Brekoulakis, *The Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited lex fori*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper no. 21/2009; G. Mihai, *Arbitrajul comercial între libertatea convențională și constrângerile ordinii publice*, în „Curierul judiciar” nr. 10/2010, p. 559–561.

¹³ Convenția pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine din 10 iunie 1958, încheiată la New York, publicată în Buletinul Oficial nr. 19 din 24 iulie 1961.

¹⁴ A se vedea *Ghidul ICCA pentru interpretarea Convenției de la New York din 1958: un ghid pentru judecători*, International Council for Commercial Arbitration, Haga, 2018, p. 131–159.

privește recunoașterea și executarea sentinței arbitrale, cel de-al doilea anularea lor). Acestea sunt absența arbitrabilității și încălcarea ordinii publice.

Articolul 5 al Convenției de la New York din 1958

2. *Recunoașterea și executarea unei sentințe arbitrale vor putea fi, de asemenea, refuzate dacă autoritatea competentă a țării în care se cere recunoașterea și executarea constată:*

a) *că în conformitate cu legea acestei țări obiectul diferendului nu este susceptibil a fi reglementat pe calea arbitrajului; sau*

b) *că recunoașterea sau executarea sentinței ar fi contrară ordinii publice a acestei țări.*

Această structură sugerează că arbitrabilitatea și ordinea publică sunt noțiuni separate, întrucât primul este identificat ca un motiv de refuz separat și independent de cel din urmă. Se poate argumenta că, dacă arbitrabilitatea ar face parte din ordinea publică, nu ar fi fost reglementată într-un punct separat în Convenția de la New York din 1958.

Calificarea dogmatică de mai sus are o importanță enormă în cauzele arbitrale. În litigii interne motivul nearbitrabilității nu dispune de prea multă importanță, întrucât în cele din urmă ce contează este că diferendul nu poate fi rezolvat prin arbitraj. Nu reprezintă o mare diferență motivele pentru care s-au reținut anumite cauze pentru competența instanțelor de judecată, din cauza ordinii publice sau din alte cauze. Pe de altă parte, în litigii internaționale motivul din spatele nearbitrabilității determină regula conflictuală prin care se va stabili legea aplicabilă. În litigii transfrontaliere sediul arbitrajului, sediul instanței care stabilește absența competenței sale și care îndrumă părțile la arbitraj, precum și locul recunoașterii și executării hotărârii pot fi în țări diferite. Ordinea publică poate fi relevantă și în litigii care nu sunt legate de for, cu toate că examinarea în aceste cazuri ar trebui să fie mai puțin strictă. Dimpotrivă, ignorarea unor reguli ale forului care, în direcția propriilor sale instanțe, stabilesc cauze care sunt de competența instanțelor judecătorești nu ar trebui să ridice probleme în cazuri fără un raport strâns cu forul. Competența exclusivă judecătorească a forului nu este încălcată, iar statul ale cărui instanțe ar fi fost competente nu a reținut o competență exclusivă pentru acestea.

Să presupunem că în țara „A” legiuitorul are mai puțină încredere în arbitraj, astfel că creează o lege în sensul că diferendele apărute în privința contractelor de concesiune nu sunt susceptibile de a fi rezolvate pe calea arbitrajului¹⁵, în timp ce după legea țării „B” părțile pot stipula în contracte procedura arbitrală, prin clauza compromisorie. În aceste circumstanțe, țara „B” dă în judecată întreprinderea, gestionând singurul său aeroport, care este o firmă din țara „C”. Tribunalul arbitral stabilește că firma a încălcat contractul și acordă despăgubiri. Avera firmei în țara „B” nu este suficientă pentru executarea sentinței arbitrale, așadar țara „B” cere executarea sentinței în țări în care firma are active valoroase. Una dintre acestea este statul „A”. Ar fi rezonabil dacă

¹⁵ Cu privire la arbitrabilitatea contractelor administrative în dreptul român, a se vedea A. Niță, *Arbitrabilitatea litigiilor izvorâte din contracte administrative*, în revista „Universul juridic” nr. 6/2018, p. 28–42).

instanțele țării „A” ar refuza executarea sentinței arbitrale? Dacă excluderea căii arbitrajului privind contractele de concesiune este bazată pe aspecte decurgând din ordinea publică, stipularea arbitrajului, precum și recunoașterea și executarea sentinței arbitrale pronunțate privind un contract de concesiune încalcă ordinea publică a forului și executarea trebuie refuzată. Dacă arbitrabilitatea este o chestiune de competență, rolul său este, în primul rând, acela de a se delimita de sfera privatizării judecătorești. În această concepție, prin noțiunea arbitrabilității, statul stabilește cauzele, în care competența instanțelor judecătorești poate fi împărțită cu procedura arbitrală (dacă părțile convin astfel). În consecință, absența arbitrabilității (cel puțin în sine) nu face necesară refuzarea recunoașterii și executării sentinței arbitrale, deoarece nu încalcă în niciun mod competența exclusivă a instanțelor țării în care s-a solicitat recunoașterea și executarea. Sentința afectează numai țări unde stipularea arbitrajului privind contracte de concesiune este perfect valabilă. Acest exemplu arată bine rezultatele iraționale care pot decurge din aplicarea încăpățânată a legii forului.

În ciuda considerațiilor de mai sus, convențiile internaționale oferă numai o posibilitate limitată pentru a devia de la principiul *lex fori*.

3. Legea aplicabilă arbitrabilității

Teoretic, legea aplicabilă arbitrabilității poate fi determinată prin diferite puncte de legătură¹⁶, ca *lex fori*, *lex contractus*, *lex arbitri* și autonomia privată¹⁷. În practică însă chestiunea legii aplicabile este dominată de legea forului. Convenția de la Geneva din 1961¹⁸ prevede aplicarea legii forului referitor la recunoașterea convențiilor de arbitraj, Convenția de la New York din 1958 conține, de asemenea, regula conflictuală privind recunoașterea și executarea sentinței arbitrale, în timp ce Legea-model a UNCITRAL stabilește același punct de legătură privind anularea sentinței arbitrale. Convenția de la New York din 1958 nu stabilește niciun punct de legătură privind legea aplicabilă recunoașterii convenției de arbitraj, deși prevede că statele contractante trebuie să recunoască convențiile de arbitraj în cauze arbitrabile, nu prevede legea cărui stat determină dacă o cauză este susceptibilă de a fi rezolvată pe calea arbitrajului.

Chestiunea arbitrabilității se poate ridica în patru faze ale procedurii arbitrale: când instanța stabilește absența competenței sale și îndrumă părțile la arbitraj, când instanța decide în privința anulării sentinței arbitrale, când instanța decide în privința recunoașterii și executării unei sentințe arbitrale străine și când arbitrii decid despre propria lor

¹⁶ A se vedea L. A. Mistelis, *Part I Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 1 – Arbitrability – International and Comparative Perspectives*, în L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (dir.), „Arbitrability: International and Comparative Perspectives”, *op. cit.*, p. 1:25–1:38.

¹⁷ H. Arfazadeh, *Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisited*, în „Arbitration International” no. 1/2001, p. 73.

¹⁸ Convenția europeană de arbitraj comercial internațional din 21 aprilie 1961, încheiată la Geneva, publicată în Buletinul Oficial nr. 12 din 25 iunie 1963.

competență (principiul Kompetenz-Kompetenz)¹⁹ și se asigură să pronunțe o hotărâre care mai târziu va fi recunoscută și executată²⁰.

Ca un principiu general, instanțele trebuie să îndrume părțile către calea arbitrajului, dacă între acestea s-a încheiat o convenție valabilă de arbitraj. Aceasta implică condiția ca diferendul să fie susceptibil de a fi rezolvat pe calea arbitrajului. Chestiunea care trebuie determinată este legea cărui stat decide dacă un diferend este susceptibil de a fi rezolvat pe calea arbitrajului.

Articolul 2 al Convenției de la New York din 1958 prevede că statele contractante sunt obligate să recunoască convențiile de arbitraj cu condiția ca acestea să fie stipulate într-o cauză susceptibilă de a fi rezolvată pe calea arbitrajului. Această prevedere nu oferă îndrumare privind legea aplicabilă diferendului, precum și dacă aceasta este susceptibilă de a fi rezolvată pe calea arbitrajului.

1. 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.

2. Prin „convenție scrisă” se înțelege o clauză compromisorie inserată într-un contract sau un compromis semnat de părți sau cuprinse într-un schimb de scrisori sau telegrame.

3. Tribunalul unui stat contractant, sesizat cu un litigiu privind o problemă 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.

Cu toate acestea, art. 6 alin. (2) al Convenției de la Geneva din 1961, în teza ultimă, se referă la legea forului în această privință și prevede că instanța statală poate să refuze recunoașterea convenției de arbitraj, dacă, după propria sa lege, litigiul nu e susceptibil de a fi reglementat pe calea arbitrajului.

2. Când vor trebui să se pronunțe asupra existenței sau valabilității unei convenții de arbitraj, tribunalele statelor contractante vor hotărî, în ceea ce privește capacitatea părților, potrivit legii care este aplicabilă, iar în ceea ce privește celelalte probleme:

- a) conform legii căreia părțile au supus convenția de arbitraj;*
- b) în lipsa unei indicații în această privință, conform legii țării unde sentința trebuie să fie pronunțată;*
- c) în lipsa indicațiilor asupra legii la care părțile au supus convenția și dacă, în momentul în care problema este supusă unei instanțe judecătorești, nu este posibil să se prevadă care este țara în care se va da sentința, conform legii competente în virtutea normelor conflictuale ale tribunalului sesizat.*

¹⁹ A se vedea B. Hanotiau, *The Law Applicable to Arbitrability*, în „Singapore Academy of Law Journal” no. 26/2014, p. 878–883; R. Schmidt, *A választottbírói Kompetenz-Kompetenz hazai eróziója*, în „Jogtudományi Közlöny” no. 5/2020, p. 198–208.

²⁰ A se vedea B. Hanotiau, *What law governs the issue of arbitrability?*, în „Arbitration International” no. 4/1996, p. 391.

Judecătorul sesizat poate să nu recunoască convenția de arbitraj dacă, după legea forului, litigiul nu este susceptibil de arbitraj.

În consecință, Convenția de la New York din 1958 nu reglementează legea aplicabilă convenției de arbitraj și arbitrabilității, însă Convenția de la Geneva din 1961 conține o îndrumare din care poate fi dedusă aplicarea legii forului. Articolul 6 alin. (2) al Convenției de la Geneva din 1961 nu zice că arbitrabilitatea este supusă legii forului, în același timp prevede că instanța judecătorească poate să refuze recunoașterea convenției arbitrale, dacă aceasta se referă la o cauză nearbitrabilă după propria sa lege. Această prevedere nu stabilește legea aplicabilă (adică nu conține nicio regulă conflictuală obligatorie), ci numai autorizează (dar nu obligă) instanța să aplice propria sa lege și refuză recunoașterea convenției arbitrale.

E interesant că atât Convenția de la Geneva din 1961, în art. 7, cât și Legea-model a UNCITRAL, în art. 28, reglementează legea aplicabilă fondului cauzei, însă niciuna dintre ele nu stabilește legea aplicabilă convenției arbitrale.

Convenția de la Geneva din 1961

Articolul 7

Legea aplicabilă

1. Părțile sunt libere să determine legea pe care arbitrii trebuie să o aplice fondului litigiului. În lipsa indicării de către părți a legii aplicabile, arbitrii vor aplica legea desemnată de norma conflictuală pe care ei o vor considera potrivită în speță. În amândouă cazurile, arbitrii vor ține seama de stipulațiile contractului și de uzanțele comerciale.

2. Arbitrii vor hotărî ca mediatori amiabili, dacă aceasta este voința părților și dacă legea care reglementează arbitrajul permite acest lucru.

Legea-model a UNCITRAL

Article 28

Rules applicable to substance of dispute

(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

(2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

(3) The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so.

(4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

Totuși, art. 6 alin. (2) al Convenției de la Geneva din 1961 poate fi extrapolat: e foarte rezonabil pentru arbitri să considere legea țării în care se află sediul arbitrajului, pentru că, într-o eventuală procedură de anulare, instanțele judecătorești vor lua în considerare foarte probabil și această lege. Acest element are o importanță enormă

având în vedere că arbitrii sunt obligați să asigure sau cel puțin să încerce să asigure faptul că hotărârea arbitrală îndeplinește condițiile necesare pentru a fi executată.

Articolul 1069 C.pr.civ. oglindește art. 6 alin. (2) al Convenției de la Geneva din 1961 și convertește această prevedere permisivă într-una obligatorie pentru aplicarea legii forului. În conformitate cu această prevedere, instanțele judecătorești române își vor declina competența, dacă litigiul este arbitrabil conform dreptului român. Declinarea competenței nu va avea loc, dacă litigiul este nearbitrabil conform dreptului român, chiar dacă litigiul nu are nicio legătură cu România (sau această legătură este slabă), este arbitrabil în țările afectate și nu încalcă ordinea publică română.

Art. 1069 – Excepția de arbitraj

Dacă părțile au încheiat o convenție de arbitraj vizând un litigiu arbitrabil conform legii române, instanța română sesizată își va declina competența, cu excepția situațiilor în care:

a) pârâtul nu a invocat excepția de arbitraj până la primul termen la care a fost legal citat;

b) instanța constată că respectiva convenție de arbitraj este caducă sau inoperantă;

c) tribunalul arbitral nu poate fi constituit sau arbitrul unic nu poate fi desemnat din motive vădit imputabile pârâtului.

De asemenea, aplicarea legii forului este în general acceptată și în privința anulării hotărârii arbitrale din cauza nearbitrabilității²¹.

Art. 34 al Legii-model a UNCITRAL

Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.

(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(b) the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the award is in conflict with the public policy of this State.

Codul de procedură civilă, în art. 608 alin. (1) pct. a), prevede că „[h]otărârea arbitrală poate fi desființată (...) prin acțiune în anulare[, dacă] (...) litigiul nu era susceptibil de soluționare pe calea arbitrajului”, dar tace în privința normei conflictuale referitoare la legea care reglementează anularea sentinței arbitrale. Teoretic, instanțele române au posibilitatea să judece arbitrabilitatea în acțiunile în anulare pe baza unei legi străine, dacă cauza având un element de extraneitate nu are nicio legătură cu România. Privind litigiile internaționale în sensul art. 1111 C.pr.civ., arbitrabilitatea este definită de art. 1112 C.pr.civ. Acest articol prevede că o 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.” Cu alte cuvinte, o cauză este arbitrabilă dacă este de natură patrimonială,

²¹ A se vedea B. Hanotiau, *The Law Applicable to Arbitrability*, cit. supra, p. 884–885.

părțile pot dispune liber asupra drepturilor incluse și litigiul nu aparține competenței exclusive a instanțelor de la sediul arbitrajului²². Deoarece instanțele române au competență numai asupra hotărârilor instanțelor arbitrale al căror sediu se află în România, o cauză internațională poate fi socotită arbitrabilă chiar dacă nu e arbitrabilă după dreptul român, cu condiția să nu încalce competența exclusivă a instanțelor române.

Recunoașterea și executarea unei sentințe arbitrale poate fi (dar nici nu trebuie să fie) refuzată dacă hotărârea a fost pronunțată într-o cauză nearbitrabilă după legea statului de recunoaștere și executare. Conform art. 5 al Convenției de la New York din 1958, se va avea în vedere din oficiu dacă litigiul nu este susceptibil de a fi rezolvat pe calea arbitrajului pe baza legii forului sau încalcă ordinea publică a forului.

Articolul 5

2. *Recunoașterea și executarea unei sentințe arbitrale vor putea fi, de asemenea, refuzate dacă autoritatea competentă a țării în care se cere recunoașterea și executarea constată:*

a) *că în conformitate cu legea acestei țări obiectul diferendului nu este susceptibil a fi reglementat pe calea arbitrajului; sau*

b) *că recunoașterea sau executarea sentinței ar fi contrară ordinii publice a acestei țări.*

În conformitate cu art. 5 al Convenției de la New York din 1958, art. 1125 C.pr.civ. prevede că hotărârile arbitrale străine pot fi recunoscute și executate în România numai dacă sunt arbitrabile după dreptul român (dacă „diferendul formând obiectul acesteia poate fi soluționat pe cale arbitrală în România”)²³. Art. 1125 C.pr.civ. conține același punct de legătură (*lex fori*) ca art. 5 al Convenției de la New York din 1958. Însă este o diferență importantă între aceste prevederi. În timp ce art. 5 alin. (2) pct. a) al Convenției de la New York din 1958 se referă la un motiv permisiv de refuz („vor putea fi (...) refuzate”), motivul de refuz inclus în art. 1125 C.pr.civ. este obligatoriu.

Pe baza celor de mai sus se poate concluziona faptul că chestiunea arbitrabilității, în general, trebuie judecată conform legii forului. Convențiile internaționale oferă însă loc de manevră, care permite luarea în considerare a altor puncte de legătură. Convenția de la New York din 1958 nu stabilește legea aplicabilă valabilității (și recunoașterii) convenției de arbitraj. Articolul 6 alineatul 2 al Convenției de la Geneva din 1961 trimite la legea forului în această privință, însă nu obligă, ci autorizează instanțele judecătorești să refuze („poate să nu recunoască”) recunoașterea unei convenții de arbitraj, „dacă, după legea forului, litigiul nu este susceptibil de arbitraj.” De asemenea, conform art. 34 al Legii-model a UNCITRAL, sentința arbitrală poate (dar nu trebuie) să fie anulată, dacă litigiul nu este arbitrabil după legea forului. În sfârșit și cel mai important cu privire la cauze transfrontaliere, conform art. 5 al Convenției de la New York din 1958,

²² A se vedea D. Lupașcu, D. Ungureanu, *Drept internațional privat*, în „Universul juridic”, București, 2012, p. 316.

²³ C. Buglea, *Arbitrajul internațional și efectele hotărârilor arbitrale străine potrivit noii reglementări oferite de noul Cod de procedură civilă*, op. cit., p. 81.

recunoașterea și executarea unei sentințe străine poate (dar nu trebuie) să fie refuzată, atunci când cauza e nearbitrabilă după legea forului.

4. Concluzii

După părerea mea, conceperea arbitrabilității ca o chestiune de ordine publică nu este justificată, întrucât chestiunea privitoare la susceptibilitatea unui litigiu de a fi rezolvat pe calea arbitrajului este o chestiune de competență. Aceasta implică faptul că aplicarea generală și categorică a legii forului nu este nici justificată, nici rezonabilă. Regulile convențiilor internaționale urmăresc principiul *lex fori*, reglementarea internațională conține însă loc de manevră pentru abaterea de la principiul *lex fori*. Convențiile internaționale deocamdată doar autorizează și nu obligă instanțele judecătorești să aplice legea forului. În aceste cazuri, dacă nu se invocă încălcarea ordinii publice a forului, îndepărtarea de la punctul de legătură al lui *lex fori* este justificată.

Din păcate, concepția controversată a tratatelor internaționale se reflectă și în dreptul român. Articolul 1069 al Codului de procedură civilă prevede că instanțele judecătorești române își declină competența, dacă litigiul este arbitrabil după dreptul român. Cu alte cuvinte, instanțele judecătorești nu își declină competența, dacă litigiul este nearbitrabil conform dreptului român, chiar dacă litigiul nu are nicio legătură cu România (sau legătura este slabă), este arbitrabil în țările afectate și nu încalcă ordinea publică română. Articolul 1125 al Codului de procedură civilă, în conformitate cu art. 5 alin. 2 al Convenției de la New York din 1958, prevede că hotărârile arbitrale străine nu pot fi recunoscute și executate în România, dacă nu sunt arbitrabile după dreptul român („diferendul formând obiectul acesteia poate fi soluționat pe cale arbitrală în România”) ²⁴. Cu alte cuvinte, referitor la recunoașterea și executarea unei sentințe arbitrale străine, arbitrabilitatea este guvernată de legea forului, cu toate că, conform art. 1125 al Codului de procedură civilă, ca un motiv de refuz independent de chestiunea arbitrabilității, instanțele judecătorești române întotdeauna au posibilitatea de a refuza recunoașterea și executarea unei hotărâri arbitrale străine, dacă cea din urmă încalcă ordinea publică ²⁵. Cu alte cuvinte, instanțele judecătorești române trebuie să refuze recunoașterea și executarea unei hotărâri arbitrale, chiar dacă litigiul nu are nicio legătură cu România, diferendul este arbitrabil în țările afectate și nu încalcă ordinea publică română.

Dimpotrivă, art. 608 alin. 1 pct. a) al Codului de procedură civilă oferă o posibilitate de a devia de la legea forului în privința chestiunii arbitrabilității. Această prevedere dispune că „[h]otărârea arbitrală poate fi desființată (...) prin acțiune în anulare[, dacă] (...) litigiul nu era susceptibil de soluționare pe calea arbitrajului”, fără a defini norma conflictuală la care se referă. Privind litigiile internaționale, conform art. 1111 al Codului

²⁴ A se vedea D. Lupașcu, D. Ungureanu, *Drept internațional privat, op. cit.*, p. 320.

²⁵ „Orice hotărâre arbitrală dintre cele prevăzute la art. 1124 este recunoscută și poate fi executată în România dacă diferendul formând obiectul acesteia poate fi soluționat pe cale arbitrală în România și dacă hotărârea nu conține dispoziții contrare ordinii publice de drept internațional privat român.”

de procedură civilă, arbitrabilitatea este definită de art. 1112 C.pr.civ. Acesta prevede că o 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.” Cu alte cuvinte, o cauză este arbitrabilă, dacă este de natură patrimonială, părțile pot dispune liber asupra drepturilor incluse și litigiul nu aparține competenței exclusive a instanțelor de la sediul arbitrajului. În consecință, o cauză internațională poate fi socotită arbitrabilă, chiar dacă nu e arbitrabilă după dreptul român, cu condiția să nu încalce competența exclusivă a instanțelor române.

BIBLIOGRAFIE

Arfazadeh H. (2001), *Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisited*, *Arbitration International*, 1, 73.

Bodu S. (2018), *Arbitrabilitatea litigiilor în materia societăților comerciale. Aspecte corelative de drept material și procesual*, *Revista societăților și dreptului comercial*, 4, 52–71.

Boóc Á. (2020), *Észrevételek a kereskedelmi választottbírói ítéletek érvénytelenítéséről a közrendbe ütközés okán a magyar jogban*, *Jogtudományi Közlöny*, 4, 167–173.

Brekoulakis S. (2009), *Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited lex fori*, *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper*, 21, 1–23.

Briciu T. C. (2013), *Unele aspecte privind arbitrabilitatea litigiilor interne în lumina noului Cod de procedură civilă*, *Pandectele române*, 8, 25–33.

Buglea C. (2013), *Arbitrajul internațional și efectele hotărârilor arbitrale străine potrivit noii reglementări oferite de noul Cod de procedură civilă*, *Analele Universității din București: Seria Drept*, 73–81.

Dub M. (2017), *Compatibilitatea clauzei compromisii cu contractul individual de muncă*, *Revista de drept social*, 2, 3–5.

Florea S. (2012), *Considerații privind arbitrabilitatea litigiilor în materia dreptului proprietății intelectuale*, *Revista română de arbitraj*, 6, 49–62.

Goicovici J. (2016), *Nullitatea clauzelor compromisii semnate de consumatori*, *Revista română de arbitraj*, 2, 1–10.

Hanotiau B. (1996), *What law governs the issue of arbitrability?*, *Arbitration International*, 4, 391.

Hanotiau B. (2014), *The Law Applicable to Arbitrability*, *Singapore Academy of Law Journal*, 26, 878–883.

Mihai G. (2010), *Arbitrajul comercial între libertatea convențională și constrângerile ordinii publice*, *Curierul judiciar*, 10, 558–561.

Mistelis L. A. (2009), „Part I Fundamental Observations and Applicable Law”, „Chapter 1 – Arbitrability – International and Comparative Perspectives”, în Loukas A. Mistelis & Stavros L. Brekoulakis (ed.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, p. 1–24.

Niță A. (2018), *Arbitrabilitatea litigiilor izvorâte din contracte administrative*, Universul juridic, 6, 28–42.

Nițu F., Turenici C. (2017), *Interfața arbitraj comercial – insolvență. Elemente de ordine publică în practica arbitrală europeană și națională*, Revista română de drept al afacerilor, 1, 85–113.

Onica-Jarka B. (2019), *Arbitrabilitatea unui litigiu între vocație și eficacitate juridică*, Curierul judiciar, 12, 700–702.

Popa C. (2019), *Arbitrabilitatea acțiunilor în anularea hotărârilor adunării generale a acționarilor*, Revista română de drept al afacerilor, 6, 51–62.

Schmidt R. (2020), *A választottbírói Kompetenz-Kompetenz hazai eróziója*, Jogtudományi Közlöny, 5, 198–208.