

ARTICOLE

CONSTITUIREA TRIBUNALULUI ARBITRAL ȘI PROCEDURA ARBITRALĂ ÎN ARBITRAJUL INTERNAȚIONAL POTRIVIT DISPOZIȚIILOR NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ

Sergiu DELEANU*

Résumé: *La constitution du tribunal arbitral et la procédure arbitrale dans l'arbitrage international selon les dispositions du nouveaux code de procedure civile.* Les dispositions du code de procédure civile consacrés à l'arbitrage international s'appliquent lorsque le siège de l'arbitrage est situé en Roumanie et qu'au moins une des parties n'avait pas, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, de domicile, residence habituelle ou siège en Roumanie, à condition que les parties n'ont pas exclu par la convention d'arbitrage ou ultérieurement, mais seulement par écrit, l'application de ces règles. Le code de procédure civile prévoit que les arbitres sont désignés, révoqués ou remplacés conformément aux dispositions de la convention d'arbitrage ou selon les règles établies par les parties ultérieurement à la conclusion de la convention d'arbitrage et, qu'à défaut, la partie intéressé peut demander au tribunal du siège de l'arbitrage d'exercer ces prérogatives. Ainsi, les parties peuvent designer directement les arbitres; le tribunal arbitral ne doit pas résoudre un conflit des lois pour déterminer la loi applicable à la procedure arbitrale, inclusivement à la constitution du tribunal arbitral. Toutefois, si les parties choisissent la loi applicable à la procédure arbitrale, qui gouvernera alors aussi la constitution du tribunal arbitral, et cette loi comporte des règles impératives en matière de constitution d'un tribunal arbitral international, celles-ci devront être respectées.

L'arbitre peut être récusé por les motifs suivants: il n'a pas la qualification demandée par les parties; pour une des causes de récusation établies dans le cadre des règles applicables à la procedure arbitrale qui ont été choisies par les parties ou, à défaut, par les arbitres; si les circonstances induisent un doute légitime concernant l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre. Ces dispositions sont en consonance avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui analyse l'indépendance et l'impartialité du juge ou de l'arbitre en fonction des circonstances concrètes de la cause, et pour laquelle les simples apparences peuvent engendrer un doute légitime concernant ces garanties du procès. Si les parties n'ont pas prévu la procédure de récusation, la juridiction étatique du lieu du siège de l'arbitrage se prononcera sur la récusation par arrêt non susceptible de recours.

Dans le cadre des dispositions consacrées à l'arbitrage en général, le code de procédure civile maintient la règle qui prévoyait que le tribunal arbitral doit comprendre un nombre impair d'arbitres. Cette règle peut s'appliquer à titre subsidiaire dans l'arbitrage international lorsque les parties ou, à défaut, les arbitres n'ont pas réglé la constitution du tribunal arbitral.

En revanche, la nouvelle réglementation ne pose plus aucune condition concernant la nationalité des arbitres.

Le code de procédure civile dispose aussi que les parties peuvent, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale ou peuvent soumettre celle-ci à la loi de procédure qu'elle choisissent; et que, dans le silence des parties, le tribunal arbitral règle la procédure par une des modalités mentionnées ci-dessus. Les parties peuvent ainsi régler elles-mêmes l'intégralité des questions de procédure dans leur convention; elles peuvent combiner des principes appartenant à des lois étatiques différentes, se référer à un règlement d'arbitrage ou soumettre la procédure à une loi qui n'est pas nécessairement celle qui régit le fond du litige. Quant aux arbitres, ils se voient reconnaître la même liberté que les parties.

Mots clés: Arbitres, recusation, nombre des arbitres, nationalité des arbitres, procédure arbitrale

Cuvinte cheie: Arbitrii, recuzarea, numărul arbitrilor, cetățenia arbitrilor, procedura arbitrală

1. Tribunalul arbitral. În cadrul acestei secțiuni înțelegem să ne oprim asupra următoarelor aspecte generale:

A) *Arbitrii.* Alegerea arbitrilor de către părți reprezintă un avantaj al arbitrajului, care nu poate să fie deplin valorificat decât în condițiile în care părțile beneficiază de acest drept fără să fie necesară soluționarea unui conflict de legi, în vederea determinării legii care guvernează procedura arbitrală, inclusiv constituirea tribunalului arbitral. Potrivit art. 1113 alin. (1) C. pr. civ., numirea, revocarea și înlocuirea arbitrilor se realizează conform convenției arbitrale sau celor stabilite de părți ulterior încheierii acesteia, iar în lipsă, partea interesată poate solicita tribunalului de la sediul arbitrajului să facă acest lucru. Articolul. V parag. 1 lit. d) din Convenția pentru recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine, încheiată la New York, în anul 1958, prevede că recunoașterea și executarea sentinței vor fi refuzate la cererea părții contra căreia ea este invocată dacă aceasta face dovada că constituirea tribunalului arbitral sau procedura de arbitraj nu a fost conformă cu convenția părților sau, în lipsă de convenție, că ea nu a fost conformă cu legea țării unde a avut loc arbitrajul. Corespunzător normelor materiale uniforme de la art. IV parag. 1 din Convenția europeană de arbitraj comercial internațional, încheiată la Geneva, în anul 1961, părțile la convenția de arbitraj sunt libere să prevadă că litigiile lor vor fi supuse unei instituții permanente de arbitraj, situație în care arbitrajul se va desfășura în conformitate cu regulamentul instituției

desemnate sau că litigiile lor vor fi supuse unei proceduri arbitrale ad-hoc, părțile având în acest caz posibilitatea să desemneze arbitrii sau să stabilească modalitățile potrivit cărora vor fi desemnați arbitrii în ipoteza unui litigiu, să determine locul arbitrajului și să fixeze regulile de procedură pe care le vor urma arbitrii.

În situația în care părțile aleg însă legea aplicabilă procedurii arbitrale, ele trebuie să respecte prevederile imperative ale acesteia referitoare la constituirea tribunalului arbitral.

În mod discutabil, Regulile de procedură arbitrală ale CAB prevăd că autoritatea de nominare desemnează arbitrii [art. 17, 19 și 88 alin. (2) din cuprinsul acestora], doar în arbitrajul ad-hoc părțile beneficiind de acest avantaj [art. 1 alin. (4) din aceste reguli]. Articolul 12 din Regulamentul de arbitraj al Camerei Internaționale de Comerț din Paris permite părților să își desemneze arbitrii.

În arbitrajul internațional, potrivit Convenției de la New York, arbitru poate să fie nu numai o persoană fizică, ci și o persoană juridică. Astfel, conform art. I parag. 2 din această convenție, prin „sentințe arbitrale” se înțeleg nu doar sentințele date de către arbitrii numiți pentru cazuri determinate, ci, de asemenea, și acelea care sunt date de către organe de arbitraj permanente cărora părțile li s-au supus¹.

B) Recuzarea. Arbitrul poate fi recuzat: a) când nu are calificarea stabilită de părți; b) când există o cauză de recuzare dintre cele prevăzute de regulile de procedură arbitrală adoptate de părți sau, în lipsă, de arbitri; c) când împrejurările induc o îndoială legitimă cu privire la independența și imparțialitatea sa – art. 1.113 alin. (2) C. pr. civ.

Articolul 1.113 alin. (2) C. pr. civ. evidențiază posibilitatea ca părțile să instituie anumite exigențe particulare referitoare la calificarea arbitrilor (de exemplu, ca supraarbitrul să fie un jurist).

Totodată, se poate observa că arbitrul poate să fie recuzat nu numai pentru cauzele stabilite în cadrul regulilor de procedură arbitrală adoptate de părți ori de arbitri, ci și în situația în care circumstanțele induc o îndoială legitimă cu privire la independența și imparțialitatea acestuia.

Dispozițiile art. 1.113 alin. (2) lit. c) C. pr. civ. sunt în consonanță cu jurisprudența C.E.D.O., care a distins între „parțialitatea obiectivă” – derivată chiar și numai din aparențe – și „parțialitatea subiectivă” – dedusă din ceea ce judecătorul sau arbitrul crede în forul său interior, în legătură cu un litigiu cu soluționarea căruia a fost învestit.²

Curtea recurge la examinarea împrejurărilor concrete ale cauzei pentru a decide dacă, în mod rezonabil, există o aparență de nonindependență³, dacă sunt sau nu oferite garanții suficiente pentru a exclude orice îndoială legitimă referitoare la independența și imparțialitatea judecătorului sau arbitrului.

În ceea ce privește imparțialitatea personală a unui judecător ori arbitru, aceasta se prezumă până la proba contrară.

Potrivit art. 1.113 alin. (3) C. pr. civ., o parte nu poate recuza un arbitru pe care l-a desemnat sau la a cărui numire a contribuit decât pentru o cauză de care a luat cunoștință după această numire. Tribunalul arbitral și cealaltă parte trebuie înștiințate fără întârziere despre motivul de recuzare.

Aceste prevederi credem că au menirea de a arăta că unele circumstanțe pot să fie considerate de partea interesată ca elemente care nu generează o aparență sau suspiciune de parțialitate a arbitrului. Prin urmare, asemenea circumstanțe, cunoscute anterior constituirii tribunalului arbitral, nu vor putea să fie invocate după desemnarea ori numirea arbitrului în cauză.

Ca principiu fundamental [art. 124 alin. (2) din Constituția României] și ca principiu convențional (art. 6 parag. 1 din Convenția europeană a drepturilor omului), imparțialitatea se subsumează însă noțiunii de ordine publică de drept internațional privat român. Așadar, nu s-ar putea considera că neinvocarea unui motiv cu privire la parțialitatea unui arbitru semnifică acceptul părții interesate de a fi judecată de un tribunal care nu este independent și imparțial. Instanța de control judiciar este datoră să asigure respectarea acestor exigențe, ele constituind o dimensiune fundamentală, inerentă a justiției.

Dacă părțile nu au stabilit procedura de recuzare, tribunalul de la sediul arbitrajului se pronunță asupra recuzării prin hotărâre definitivă.

C) Numărul arbitrilor. În cuprinsul Convenției de la New York și al Convenției de la Geneva nu există prevederi referitoare la numărul arbitrilor. Părțile au însă dreptul, pe temeiul art. V parag. 1 lit. d) din Convenția de la New York și al art. IV parag. 1 din Convenția de la Geneva, să stabilească, prin convenția de arbitraj, modul de constituire a tribunalului arbitral. În cazul în care părțile hotărăsc să supună litigiile lor unei instituții permanente de arbitraj, arbitrajul se va desfășura în conformitate cu regulamentul instituției desemnate⁴.

Corespunzător art. 556 C.pr.civ, în arbitrajul internațional care se judecă în România sau potrivit legii române, tribunalul arbitral va fi compus dintr-un număr impar de arbitri, fiecare dintre părți având dreptul să numească un număr egal de arbitri.

Dacă părțile nu au stabilit numărul arbitrilor, litigiul se judecă de trei arbitri, câte unul numit de fiecare dintre părți, iar al treilea – supraarbitrul – desemnat de cei doi arbitri.

Articolul 556 C. pr. civ. mai stipulează că, în situația în care există mai mulți reclamanți sau mai mulți pârâți, părțile care au interese comune vor numi un singur arbitru.

În legătură cu regula menționată se poate însă observa că, în Franța, Curtea de Casație a calificat vechea practică a Camerei Internaționale de Comerț din Paris prin care s-a impus mai multor părți să desemneze împreună un singur arbitru ca fiind contrară principiului egalității părților în ceea ce privește alegerea arbitrilor. Curtea a considerat că acest principiu este subsumat ordinii publice internaționale și că părțile nu pot renunța la dreptul de a desemna un arbitru înainte de nașterea unui litigiu, ci numai după ivirea acestuia.⁵ Ca urmare a hotărârii Curții de Casație, Regulamentul de arbitraj al Camerei Internaționale de Comerț din Paris prevede, la art. 12 parag. 8, că tribunalul arbitral în integralitatea sa poate să fie numit de Curtea de arbitraj organizată pe lângă această Cameră.

Constituirea tribunalului arbitral trebuie să fie conformă cu convenția părților, iar comunicarea între părți a arbitrilor sau a arbitrilor propuși trebuie să se realizeze în mod corespunzător. Desființarea hotărârii arbitrale este posibilă dacă tribunalul arbitral nu a fost constituit în conformitate cu convenția arbitrală [art. 608 alin. (1) lit. c) C. pr. civ.]; recunoașterea și executarea sentinței pronunțată de un asemenea tribunal arbitral vor fi refuzate [art. V parag. 1 lit. d) din Convenția de la New York]; pentru motivele arătate mai sus, anularea într-unul dintre statele contractante a unei sentințe arbitrale va constitui temei de refuz al recunoașterii sau executării sentinței într-un alt stat contractant [art. IX parag. 1 lit. b) și d) din Convenția de la Geneva].

D) Cetățenia arbitrilor. În noua reglementare din Codul de procedură civilă este eliminată condiția cetățeniei române pentru arbitri.

Art. 369² din codul anterior permitea numai părții străine să numească un arbitru de cetățenie străină.

Partea română putea conveni, eventual, cu cocontractantul străin ca arbitrul unic sau supraarbitrul să fie cetățean al unui al treilea stat.

În cuprinsul Convenției de la New York și al Convenției de la Geneva nu sunt prevăzute restricții referitoare la numărul arbitrilor sau la cetățenia acestora. Textul art. III din Convenția de la Geneva prevede chiar, în mod expres, că, în arbitrajele supuse acesteia, străinii pot fi desemnați ca arbitri.

2. Procedura arbitrală. În această secțiune examinăm modalitățile de stabilire a procedurii arbitrale și domeniul de aplicare a regulilor care guvernează procedura arbitrală.

A) Modalități de stabilire a procedurii arbitrale. Articolul 1.114 C. pr. civ. sintetizează modalitățile de stabilire a regulilor procedurale de judecată, în condiții similare celor din dreptul intern.

Părțile pot stabili „direct” procedura arbitrală sau prin „referire” la regulamentul unei instituții de arbitraj ori o pot supune unei „legi procedurale la alegerea lor”.

Dacă părțile nu au procedat în niciuna dintre formele arătate, tribunalul arbitral stabilește procedura pe calea uneia dintre modalitățile evocate deja.

Oricare ar fi însă procedura arbitrală stabilită, tribunalul arbitral trebuie să garanteze egalitatea părților și dreptul lor de a fi ascultate în procedură contradictorie.

În arbitrajul internațional durata termenelor din materia arbitrajului se dublează.

Prevederile Convenției de la New York permit, de asemenea, părților să stabilească regulile de procedură corespunzător cărora se va desfășura arbitrajul. Astfel, potrivit art. V parag. 1 lit. d) din Convenție, recunoașterea și executarea sentinței vor fi refuzate dacă partea împotriva căreia ea este invocată face dovada în fața autorității competente a țării unde recunoașterea și executarea sunt cerute că constituirea tribunalului arbitral sau procedura de arbitraj nu a fost conformă cu convenția părților sau, în lipsă de convenție, că ea nu a fost conformă cu legea țării în care a avut loc arbitrajul. Reglementările arătate nu solicită părților să ia în considerare legea unui anumit stat, în calitate de lege aplicabilă procedurii arbitrale. Numai în eventualitatea în care părțile nu au stabilit regulile aplicabile în ceea ce privește constituirea tribunalului arbitral sau procedura de arbitraj se va ține seama de dispozițiile legii țării unde se desfășoară arbitrajul.

În mod similar, art. IV parag. 1 lit. b) din Convenția de la Geneva permite părților să fixeze, în cazul unui arbitraj ad-hoc, regulile de procedură pe care le vor urma arbitrii.

În ipoteza în care convenția de arbitraj nu conține indicații în legătură cu măsurile necesare pentru organizarea arbitrajului ad-hoc, aceste măsuri vor fi luate, dacă părțile nu se înțeleg asupra lor, potrivit art. IV parag. 3 din Convenție, de către arbitrii deja desemnați. Spre deosebire de prevederile Convenției de la New York, dispozițiile Convenției de la Geneva nu se mai referă însă la legea țării unde are loc arbitrajul, în calitate de lege aplicabilă, în mod subsidiar, procedurii arbitrale.

În cazul unui arbitraj instituționalizat, conform art. IV parag. 1 din Convenția de la Geneva, acesta se va desfășura corespunzător regulamentului instituției desemnate. Articolul IV parag. 1 nu prevede aplicarea unei anumite legi care să guverneze procedura arbitrală, dar dispozițiile din unele regulamente ale instituțiilor de arbitraj se completează cu prevederile de procedură civilă din statul unde se află sediul instituției în cauză

Stabilind prin convenția de arbitraj sau ulterior încheierii acesteia procedura de arbitraj, părțile nu sunt obligate să aibă în vedere un ansamblu preexistent de reguli care se aplică în domeniu. Ele pot să decidă că se vor aplica principiile de

procedură comune mai multor sisteme juridice, să combine regulile de procedură aparținând unor sisteme de drept diferite, să aleagă în calitate de lege aplicabilă procedurii arbitrale o lege diferită de legea fondului sau să se refere la regulamentul de arbitraj al unei anumite instituții.

În situația în care părțile aleg legea unui stat determinat care să guverneze procedura arbitrală, ele trebuie să respecte dispozițiile imperative ale acesteia.

Tribunalul arbitral are, aidoma părților, posibilitatea să ia în considerare regulile de procedură aparținând unui anumit sistem de drept, să combine regulile de procedură din mai multe sisteme juridice, să se refere la regulamentul de arbitraj al unei anumite instituții⁶ etc.

Dispozițiile alin. (1) al art. 1.114 C. pr. civ. s-ar putea aplica și prin corelație cu prevederile alin. (2) al aceluiași articol. Astfel, părțile ar putea stabili numai câteva reguli fundamentale care să se aplice procedurii arbitrale, urmând ca tribunalul arbitral să reglementeze celelalte aspecte la începutul procesului arbitral sau, în limitele permise de principiile esențiale de procedură, pe parcursul acestuia, în funcție de problemele care se ridică în cauză (de exemplu, regulile aplicabile unei expertize care apare ca fiind necesară pentru soluționarea litigiului).

După cum am menționat, în cuprinsul alin. (3) al art. 1.114 C. pr. civ. se subliniază că, în toate situațiile, se impune respectarea principiilor esențiale de procedură din țara unde se desfășoară arbitrajul. Aceste principii nu pot să fie însă reduse la cele arătate în cadrul textului legal: principiul egalității părților și principiul contradictorialității. Alături de aceste principii vor trebui să fie avute în vedere și alte garanții procedurale fundamentale, în special cele la care se referă art. 6 parag. 1 din Convenția europeană a drepturilor omului, cum sunt, de exemplu, dreptul la un tribunal independent și imparțial, dreptul la un proces echitabil, egalitatea de arme și de mijloace procesuale, dreptul la un recurs efectiv.

Și în acest context își pot găsi aplicarea dispozițiile art. 1.122 C. pr. civ. care stipulează că orice aspecte privind constituirea tribunalului arbitral, procedura, hotărârea arbitrală, completarea, comunicarea și efectele acesteia, nereglementate de părți prin convenția arbitrală și neîncredințate de acestea rezolvării de către tribunalul arbitral, vor fi soluționate prin aplicarea în mod corespunzător a dispozițiilor cărții a IV-a.

Având în vedere că, în activitatea ei, Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României aplică, în calitate de *lex fori*, normele dreptului internațional privat român și că, potrivit art. 1 alin. (1) din Regulile de procedură ale CAB, acestea se completează cu dispozițiile de drept comun de procedură civilă, în jurisprudența CAB s-a statuat că, în lipsa unor precizări în clauza

contractuală referitoare la legea de procedură aplicabilă, litigiul urmează a se soluționa în conformitate cu Regulile de procedură ale CAB, completate cu dispozițiile Codului român de procedură civilă, ca legi de procedură ale forului de judecată⁷, chiar dacă, pe fond, se aplică o lege străină raporturilor juridice dintre părți⁸.

În general, în cadrul convențiilor internaționale și în dreptul intern al statelor nu se impune tribunalului arbitral să determine, de la momentul începerii judecării litigiului, ansamblul regulilor de procedură pe care le va lua în considerare, cu toate că stabilirea acestora în cursul soluționării cauzei ar putea să aibă caracter conjunctural și să defavorizeze una dintre părți. Așa fiind, credem că tribunalul arbitral este îndreptățit să reglementeze procedura de urmat după cum va aprecia mai potrivit, fără să nesocotească principiul egalității părților și dreptul lor de a fi ascultate în procedură contradictorie. Pentru părți este preferabil să cunoască de la început regulile pe baza cărora se va desfășura procedura arbitrală. Partea care se consideră nedreptățită are însă deschisă, în orice caz, posibilitatea de a cere anularea hotărârii arbitrale sau refuzarea *exequatur*-ului.

B) Domeniul de aplicare a regulilor care guvernează procedura arbitrală. În context, ne referim numai la câteva aspecte: limba în care se desfășoară procedura; măsurile provizorii și conservatorii; administrarea probelor.

Astfel cum precizează art. 1.115 C. pr. civ., dezbaterile litigiului în fața tribunalului arbitral se face în limba stabilită prin convenția arbitrală sau, dacă nu s-a prevăzut nimic în această privință ori nu a intervenit o înțelegere ulterioară, în limba contractului din care s-a născut litigiul ori într-o limbă de circulație internațională stabilită de tribunalul arbitral.

Dacă o parte nu cunoaște limba în care se desfășoară dezbaterile, la cererea și pe cheltuiala ei, tribunalul arbitral îi asigură serviciile unui traducător.

Părțile pot să participe la dezbateri cu traducătorul lor.

Potrivit art. 1.116 C. pr. civ., tribunalul arbitral poate dispune măsuri provizorii sau conservatorii la cererea uneia dintre părți, dacă nu e stipulat contrariul în convenția arbitrală.

Dacă partea vizată nu se supune voluntar măsurilor dispuse, tribunalul arbitral poate cere concursul tribunalului competent, care aplică propria lege. Dispunerea de măsuri provizorii sau conservatorii poate fi subordonată de arbitru sau judecător dării unei cauțiuni adecvate.

În cazul în care înaintea sau în cursul arbitrajului una dintre părți solicită instanței de judecată competente măsuri provizorii sau conservatorii, corespunzător art. VI parag. 4 din Convenția de la Geneva, cererea unor asemenea măsuri nu trebuie să fie considerată ca incompatibilă cu convenția de arbitraj și nici nu semnifică supunerea litigiului, în ceea ce privește fondul său, instanței judecătorești.

În acest sens sunt și dispozițiile art. 39 și 40 din Regulile de procedură ale CAB și ale art. 28 parag. 2 din Regulamentul de arbitraj al CCI.

Tribunalul arbitral trebuie să fie informat asupra cererii și privitor la orice măsură luată de autoritatea judiciară competentă.

Înainte de constituirea tribunalului arbitral, intervenția instanței de judecată este admisibilă pentru luarea măsurilor care sunt urgente.

În cursul arbitrajului, intervenția instanței de judecată este necesară: în situațiile în care va trebui să se recurgă la măsuri de constrângere, întrucât arbitrii sunt judecători privați, ei nedispunând, așadar, de *imperium*; în cazul în care sunt vizați terți care nu pot fi implicați în procedura arbitrală, deoarece nu li se aplică prevederile convenției de arbitraj, sau dacă măsurile urgente pe care le-ar putea lua tribunalul arbitral ar întâmpina dificultăți de executare.

Având posibilitatea să stabilească regulile de procedură aplicabile, părțile ar putea chiar să decidă că tribunalul arbitral nu poate să ia anumite măsuri provizorii sau conservatorii.

Într-o altă variantă, părțile ar putea conveni să nu recurgă la instanțele de judecată pentru a solicita luarea unor astfel de măsuri. În doctrină s-a arătat însă că stipularea unor interdicții de această natură este susceptibilă să genereze dificultăți în ipotezele în care tribunalul arbitral nu poate să intervină și nu există măsuri de substituție care să fie avute în vedere, căci instanța de judecată care ar lua în considerare interdicția stabilită de părți s-ar face vinovată de denegare de dreptate.⁹

Conform art. 1.117 C. pr. civ., administrarea probelor se face de către tribunalul arbitral. Dacă pentru administrarea probelor este necesar concursul instanțelor judecătorești, tribunalul arbitral sau părțile, de acord cu tribunalul arbitral, pot solicita concursul tribunalului de la sediul arbitrajului, care aplică legea proprie.

Alte câteva precizări vor fi, poate, utile.

Pe planul dreptului comparat prescripția extinctivă este caracterizată diferit de la un sistem juridic la altul. Astfel, în cadrul sistemelor de *common law*, prescripția extinctivă este analizată ca o materie procedurală. În consecință, aceasta este supusă legii forului sesizat.¹⁰ În sistemele de drept din Europa continentală, prescripția extinctivă este tratată ca o instituție de fond, căreia i se aplică, ca atare, *lex causae*. În sistemul nostru de reglementare, prescripția extinctivă a dreptului la acțiune este supusă legii care se aplică dreptului subiectiv însuși¹¹.

Probele fiind mijloacele legale pentru stabilirea unui drept, s-ar putea afirma că ele sunt guvernate de legea fondului, care cârmuiește însuși dreptul subiectiv¹². Actele juridice fiind supuse regimului probelor preconstituite, nu s-ar putea ignora regula *locus regit actum*. Apoi, în arbitrajul internațional, rațional și rezonabil, unele

soluții de compromis între poziția sistemelor de drept din Europa continentală și cea a sistemelor de *common law* nu numai că nu sunt excluse, dar, uneori, ele sunt și necesare. Mai observăm că deosebiriile dintre sistemele de drept din Europa continentală și sistemele de *common law* sunt mai pronunțate, dar aceasta nu înseamnă că nu pot să fie evidențiate, în cadrul sistemelor de drept din Europa continentală, rezolvări diferite ale unor probleme procedurale.

Articolul 1.090 C. pr. civ. aduce precizările necesare privind legea aplicabilă în materia probelor în procesul civil internațional. Mijloacele de probă pentru dovedirea unui act juridic și forța probantă a înscrisului constatator sunt cele prevăzute de legea convenită de părți, când legea locului încheierii actului juridic le acordă această libertate. În lipsa acestei libertăți sau când părțile n-au uzat de ea, se aplică legea locului încheierii actului juridic. Probațiunea faptelor este supusă legii locului unde ele s-au produs ori au fost săvârșite. Cu toate acestea, legea română este aplicabilă, dacă ea admite și alte mijloace de probă decât cele prevăzute de legile stabilite conform prevederilor enumerate anterior în acest articol. Legea română se aplică și în cazul în care ea acceptă proba cu martori și cu prezumții ale judecătorului, chiar în situațiile în care aceste mijloace de probă n-ar fi admisibile conform legii străine declarate aplicabile. Proba stării civile și puterea doveditoare a actelor de stare civilă sunt guvernate de legea locului unde a fost întocmit înscrisul invocat. Administrarea probelor în procesul civil internațional este guvernată de legea română.

În procesul civil internațional instanța aplică legea procesuală română, sub rezerva unor dispoziții exprese diferite – art. 1.087 C. pr. civ.

Calificarea unei probleme ca fiind de drept procesual sau de drept substanțial se face conform legii române, sub rezerva instituțiilor juridice fără corespondent în dreptul român – art. 1.088 C.pr.civ

Calitatea procesuală a părților, obiectul și cauza acțiunii în procesul civil internațional se stabilesc conform legii care guvernează fondul raportului juridic dedus judecății – art. 1.089 C. pr. civ.

Soluțiile privitoare la proba legii străine pot să difere, după cum legea străină este tratată de organul de jurisdicție sesizat ca o *quaestio facti* sau, dimpotrivă, ca o *quaestio iuris*.

Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, aplicând dreptul internațional privat român ca lege a forului, ia în considerare legea străină în calitate de element de drept. Așadar, soluționarea unui litigiu prin arbitraj nu determină convertirea legii aplicabile în categoria simplelor fapte¹³.

Noul Cod civil român a menținut concepția corespunzător căreia legea străină se aplică în calitate de element de drept. Potrivit art. 2.562 alin. (1) C. civ., conținutul legii străine se stabilește prin atestări obținute de la organele statului care au edictat-o, prin avizul unui expert sau în alt mod adecvat.

Conform art. 2.563 C. civ., legea străină se interpretează și se aplică potrivit regulilor de interpretare și aplicare existente în sistemul de drept căruia îi aparține.

Sarcina probei, cu alte cuvinte repartizarea ei între reclamant și pârât, se realizează, după cum s-a arătat în literatura de specialitate, în conformitate cu legea fondului¹⁴. Adagiul *actori incumbit probatio* a fost receptat, în general, în cadrul tuturor sistemelor de drept ale statelor¹⁵. Această regulă a fost aplicată de tribunalele arbitrale fără să se pună problema soluționării unui conflict de legi¹⁶, ea fiind considerată o regulă a *lex mercatoria* sau care este subsumată ordinii publice transnaționale¹⁷. Între sistemele de drept există însă deosebiri substanțiale în domeniul prezumțiilor legale, care sunt cârmuite de legea fondului.

Administrarea probelor se face potrivit regulilor de procedură aplicabile în cauză. În materie pot să fie constatate deosebiri profunde între sistemele de drept din Europa continentală și sistemele de *common law*. În toate situațiile se impune, totuși, respectarea egalității de tratament, a dreptului la apărare și a principiului contradictorialității.

În cadrul sistemelor de drept din Europa continentală, partea căreia îi aparține sarcina probei va folosi mijloacele de dovadă pe care le apreciază corespunzătoare în vederea fundamentării pretențiilor sau a apărării sale. Părțile trebuie să-și comunice reciproc înscrisurile litigiului. Prezentarea documentelor deținute de partea adversă poate să fie ordonată de tribunalul arbitral, constituind un incident cu privire la probe.

Constituirea tribunalului arbitral, actele de procedură, precum citarea părților, termenele care trebuie respectate, formularea întâmpinării, modul de pregătire și de dezbateri a litigiului, deliberarea, pronunțarea și conținutul hotărârii arbitrale, efectele procedurale ale acesteia sunt guvernate, de asemenea, de regulile aplicabile procedurii arbitrale.

* Conf.univ.dr., Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; sdeleanu@law.ubbcluj.ro.

¹ În același sens, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, p. 493.

² Hotărârea C.E.D.O. din 1 octombrie 1982, în cauza *Piersack contra Belgiei*, parag. 30.

³ Hotărârea C.E.D.O. din 6 iunie 2000, în cauza *Morel contra Franța*, parag. 40-42.

⁴ Nu este exclus ca, potrivit Convenției de la New York, litigiul să se judece, de exemplu, de doi arbitri. Aplicând art. V parag. 1 lit. d) din Convenția de la New York, o instanță judecătorească a decis că s-a încălcat convenția părților care stabiliseră că litigiul va fi soluționat de un complet format din doi arbitri, în fapt participând la dezbateri și la pronunțarea sentinței trei arbitrii, conform dispozițiilor legii engleze (Decizia Curții de Apel Florența din 13 aprilie 1978, cf. O. Căpățînă, *Circulația transnațională a sentințelor arbitrale*, în *Revista de drept comercial*, 1998, nr. 3, p. 8 și 9.

⁵ A se vedea, hotărârea Curții de casație din 7 ianuarie 1992 în cauza Dutco, în Rev. arb., 1992, p. 470, cu notă de P. Bellet, precum și în Clunet, 1992, p. 707, cu notă de Ch. Jarrosson.

⁶ A se vedea, de exemplu, sentința CCI nr. 5103/1998, cf. S. Jarvin, Y. Derains, J.-J. Arnaldez, Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1986-1990, ICC Publishing S.A., Paris-New-York, 1994, p. 362.

⁷ Sentința CAB nr. 16/1994, în Jurisprudența comercială arbitrală 1953-2000, p. 148.

⁸ Hotărârea CAB nr. 53/1985, în Repertoriul practicii arbitrale române de comerț exterior 1981-1985, p. 129.

⁹ Ch. Seraglini, *L'arbitrage commercial international*, în Droit du commerce international, sub coordonarea lui J. Beguin și M. Menjucq, Ed.Litec, Paris, 2005, p. 949, nota 350.

¹⁰ În acest sens, sentința CCI nr. 4491/1984, cf. S. Jarvin, Y. Derains, Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985, ICC Publishing S.A., Paris-New-York, 1990, p. 540.

¹¹ În practica arbitrală a CAB s-a reținut că termenele de prescripție extinctivă, deși sunt de ordine publică în dreptul intern, nu sunt de ordine publică în dreptul internațional privat, așa încât, dacă norma conflictuală română (inclusiv *lex voluntatis*) trimite la un sistem de drept străin, care conține alte termene de prescripție decât cele din dreptul român, aceste termene se vor aplica de către instanțele de judecată. (Hotărârea CAB nr. 100/1982, în Repertoriul practicii arbitrale române de comerț exterior 1981-1985, p. 105).

Art. 2515 din noul nostru Cod civil permite părților ca, în anumite limite, să modifice, prin acord expres, durata termenelor de prescripție sau să modifice cursul prescripției prin fixarea începutului acesteia ori prin modificarea cauzelor legale de suspendare ori de întrerupere a acesteia, după caz.

Conform art. 2.513 alin. (2) din același cod, în materie de arbitraj, prescripția poate fi opusă pe parcursul soluționării litigiului; potrivit art. 2.512 alin. (2) C. civ., organul de jurisdicție competent nu poate aplica prescripția din oficiu.

¹² A se vedea și O. Căpățînă, B. Ștefănescu, *Tratat de drept al comerțului internațional*, vol. I, Partea generală, Ed. Academiei, București, 1994, p. 187.

¹³ Legea străină nu ar putea, totuși, să fie analizată de tribunalul arbitral ca o *quaestio facti*. Conflictul de legi apar între sisteme juridice aparținând unor state diferite, nu între o lege și un fapt. Iar intervenția normelor de ordine publică se poate, credem, justifica numai dacă legea care este luată în considerare se aplică în calitate de element de drept. (În sensul că teoria conform căreia legea străină trebuie să fie tratată ca o problemă de fapt ar fi potrivit să se impună în practica arbitrală internațională, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, op. cit., p. 708).

¹⁴ A se vedea: O. Căpățînă, B. Ștefănescu, op. cit., vol. I, p. 189; M de Boisseson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN, Joly, Paris, p. 732.

¹⁵ Sentința CCI nr. 3344/1981, cf. S. Jarvin, Y. Derains, op. cit., p. 446.

¹⁶ A se vedea, de pildă, sentința CCI nr. 2508/1976, cf. S. Jarvin, Y. Derains, op. cit., p. 293.

¹⁷ Sentința CCI nr. 3344/1981, cf. S. Jarvin, Y. Derains, op. cit., p. 446.