

UNIVERSITATEA DIN BUCUREȘTI

FACULTATEA DE DREPT

ȘCOALA DOCTORALĂ DE DREPT

REZUMAT

**DETERMINAREA LEGII APLICABILE PROCEDURII ȘI FONDULUI ÎN
ARBITRAJUL INTERNAȚIONAL, CU PRIVIRE SPECIALĂ ASUPRA
ARBITRAJULUI INVESTIȚIONAL**

Conducătorul de doctorat:

Prof. Univ. Dr. Emerit Dragoș-Alexandru Sitaru

Doctorand: Ramona Elisabeta Cîrlig

Tribunalele arbitrale internaționale se confruntă cu diverse probleme de drept internațional privat. Într-un singur arbitraj intervine adesea un mozaic de legi relevante, de la legea de la sediul arbitrajului, la legea de la potențialul loc al punerii în executare a sentinței arbitrale, până la legea procedurală și legea aplicabilă fondului, alese de părți sau determinate de tribunalul arbitral, pentru a le enumera doar pe cele mai frecvente. Din acest mozaic, prezenta lucrare se concentrează pe două piese și anume legea aplicabilă procedurii și legea aplicabilă fondului cauzei.

Raporturile juridice care fac obiectul arbitrajului internațional au prin natura lor elemente de extraneitate. Prin urmare, problema unui conflict de legi și determinarea legii aplicabile fondului apare adesea în arbitrajul internațional, cu particularitatea că nu exista norme de drept internațional privat prederminate și automat aplicabile pentru determinarea legii aplicabile, cum se întâmplă atunci când o instanță judecătorească este confruntată cu un conflict de legi. Mecanismele de gestionare a conflictelor de legi în cadrul arbitrajelor internaționale sunt mult mai flexibile decât normele conflictuale dintr-un sistem de drept național și cu siguranță au un grad mai ridicat de incertitudine. Cel mai adesea voința părților are prioritate, iar în lipsa acordului părților, tribunalul arbitral are autoritate extinsă de a alege fie normele conflictuale pe care le consideră adecvate, fie direct legea substanțială pe care o consideră potrivită.

În plus, în arbitrajul internațional se pune și problema determinării normelor de procedură aplicabile, deoarece spre deosebire de disputele soluționate în fața instanțelor judecătorești, cărora li se aplică automat legea de procedură a statului de care aparține instanța, în arbitrajul internațional autonomia procedurală a părților este considerabilă, cu restricții minime, iar în lipsa unui acord al părților, autoritatea procedurală a tribunalului arbitral este de asemenea extinsă. Chiar și atunci când părțile își manifestă autonomia procedurală prin alegerea unor reguli arbitrale, acestea au un caracter schematic și general, lipsurile fiind suplinite de părți prin acord sau de tribunalul arbitral.

În ceea ce privește legea aplicabilă procedurii, se face distincție între legea care guvernează procedura arbitrală în sine (aspecte procedurale interne) și legea care guvernează raportul dintre arbitraj și instanțele naționale (aspecte procedurale externe). De exemplu, aspectele procedurale interne sunt adesea guvernate de regulile de arbitraj alese de părți, pe când aspectele procedurale externe sunt guvernate cel mai adesea de legea de la sediul arbitrajului. În general, jurisdicțiile favorabile arbitrajului acordă părților și arbitrilor o autonomie lărgită în privința desfășurării procedurii, supusă doar unor limite derivate din respectarea dreptului fundamental la un proces echitabil. Chiar dacă teoretic părțile și tribunalele arbitrale au libertatea de a aplica o altă lege de procedură decât aceea de la sediul arbitrajului, în practică acest lucru se întâmplă foarte rar, iar efectele unei astfel de opțiuni sunt incerte. Prin urmare, autonomia procedurală a părților și autoritatea procedurală a arbitrilor se manifestă cu preponderență în privința aspectelor procedurale interne.

Lucrarea își propune abordarea mecanismelor și criteriilor folosite de tribunalele arbitrale pentru determinarea legii aplicabile procedurii și fondului disputei, pornind de la teoriile, viziunile și mentalitățile reflectate în literatura de specialitate, în legislațiile naționale și în regulile de arbitraj, dar concentrându-se mai ales pe analiza jurisprudenței arbitrale pentru a identifica și a extrage tipare, modele, bune practici sau practici repetitive adoptate sau preferate de arbitri în soluționarea problemelor de drept internațional privat.

Considerăm oportun acest demers științific, pe de o parte, datorită impactului pe care legea sau regulile aplicabile procedurii și fondului îl au asupra soluționării cauzei, iar, pe de altă parte, datorită extinsei autorității de care se bucură tribunalele arbitrale în această materie. Prin urmare, având în vedere importanța rolului determinării legii aplicabile procedurii și fondului asupra soluționării cauzei, se impune studierea mai amănunțită a modalității în care tribunalele arbitrale își exercită această autoritate.

Autoritatea arbitralului internațional se manifestă pe două paliere. Pe de o parte, avem situația în care părțile și-au exercitat autonomia de voință și au ales o lege aplicabilă. În această ipoteză, autoritatea tribunalului arbitral se va manifesta prin identificarea și aplicarea eventualelor limite ale autonomiei de voință. Pe de altă parte, avem situația lipsei unei alegeri a părților, ipoteză în care autoritatea tribunalului arbitral se manifestă în toată plenitudinea sa, dar bineînțeles în limitele impuse de ordinea publică și normele de aplicație imediată.

Lucrarea este structurată în următoarele 13 capitole: Introducere, Scurt istoric al arbitrajului internațional, Principalele izvoare ale arbitrajului internațional, Distincții teoretice și terminologice între formele arbitrajului, Teoriile privind natura juridică a arbitrajului internațional, Specificul conflictului de legi în arbitrajul internațional, Despre autonomia de voință a părților, Despre autoritatea tribunalului arbitral, Limitele autonomiei și autorității, Distincția dintre aspectele de procedură și cele de fond, Determinarea legii aplicabile procedurii, Determinarea legii aplicabile fondului, Concluzii finale și propuneri de *lege ferenda*.

Analizarea și clarificarea elementelor de natură istorică, terminologică și teoretică ale arbitrajului internațional se impune ca un prim pas în cercetarea mecanismelor folosite de tribunalele arbitrale pentru determinarea legii aplicabile procedurii și fondului deoarece din evoluția istorică a arbitrajului și din curente de gândire privind natura juridică a arbitrajului internațional se remarcă schimbări de viziune privind determinarea legii aplicabile procedurii și fondului.

Dezvoltarea arbitrajului internațional este adesea împărțită în patru etape istorice: antichitatea, din evul mediu până în secolul al VIII-lea, din secolul al VIII-lea până în după al doilea război mondial, din anii 1950 până în prezent. Arbitrajul comercial internațional contemporan funcționează într-un cadru legal conturat de mai multe tratate și convenții internaționale, instrumente legale regionale și reglementări naționale privind arbitrajul. Sunt prezentate cele mai

importante instrumente internaționale care au contribuit la dezvoltarea arbitrajului internațional, cu evidențierea prevederilor privind determinarea legii aplicabile procedurii și fondului: Protocolul de la Geneva privind clauzele de arbitraj (1923), Convenția de la Geneva privind executarea sentințelor arbitrale străine (1927), Convenția de la New-York privind recunoașterea și executarea sentințelor arbitrale străine (1958), Convenția europeană de arbitraj comercial internațional (1961), Convenția de la Washington pentru reglementarea diferendelor relative la investiții între state și persoane ale altor state (1965), Regulile de arbitraj UNCITRAL (1976 / 2010 / 2013), Legea model UNCITRAL privind arbitrajul comercial internațional (1986 / 2006).

Tot la fel, înțelegerea formelor arbitrajului este utilă în explicațiile ulterioare privind determinarea legii aplicabile deoarece fiecare formă de arbitraj impune caracteristici distincte modalităților prin care se determină legea aplicabilă. De exemplu, determinarea legii aplicabile procedurii într-un arbitraj *ad hoc* este mai complexă decât în cazul arbitrajului instituțional, iar determinarea legii aplicabile fondului este diferită în cazul unui arbitraj pur comercial față de un arbitraj investițional.

În plus, clarificarea teoretică a distincțiilor dintre formele arbitrajului contribuie la conturarea obiectului prezentei lucrări, care are în vedere doar arbitrajul internațional de drept privat, cu excluderea arbitrajului național și a celui internațional de drept public. În schimb, prezintă interes atât arbitrajul *ad hoc*, cât și arbitrajul instituțional. În concret, analiza mecanismelor folosite pentru determinarea legii aplicabile procedurii și fondului vizează exclusiv arbitrajul comercial internațional, inclusiv componenta sa specială de drept investițional.

Calificarea naturii juridice a arbitrajului comercial internațional este importantă din perspectiva stabilirii raportului dintre acest mecanism de soluționare a disputelor și sistemul de justiție al statelor, ca manifestare a suveranității statului, a punctelor de intersecție dintre cele două, a gradului de autonomie sau de subordonare. Fiecare teorie asupra naturii juridice a arbitrajului reflectă o viziune asupra echilibrului dintre ordinea juridică statală și justiția privată, consecințele manifestându-se în practică atât în desfășurarea procedurii arbitrale, cât și în procedurile de anulare sau de recunoaștere și punere în executare a sentințelor arbitrale.

Majoritatea literaturii de specialitate se referă la patru teorii care încearcă să explice natura arbitrajului, fără ca vreuna dintre ele să fi primit o susținere unanimă nici în teorie și nici în practică: teoria jurisdicțională/teritorială, teoria contractuală, teoria mixtă/hibridă, teoria transnațională/autonomiei arbitrajului. De fapt, legile naționale privind arbitrajul, instrumentele internaționale, jurisprudența arbitrală și a instanțelor statale nu reflectă în mod clar conturat o teorie sau alta. Se pot identifica elemente din toate teoriile în diverse instrumente privind arbitrajul internațional, iar diversitatea tradițiilor juridice determină preponderența unei teorii asupra celorlalte într-un act legislativ sau într-un exemplu de jurisprudență.

Viziunea fiecărei teorii se reflectă în determinarea legii aplicabile procedurii și fondului. De exemplu, în cadrul teoriei jurisdicționale se va acorda prioritate legii de la sediul arbitrajului, pe când în cadrul teoriei contractuale va prevala voința părților în determinarea legii, pentru ca teoria hibridă să ofere un compromis între voința părților și autoritatea legii de la sediul arbitrajului.

Analizarea și clarificarea elementelor generale, comune atât determinării legii aplicabile procedurii, cât și fondului, adică a principiului autonomiei de voință și a autorității tribunalului arbitral, precum și a limitelor acestora, se impune anterior cercetării mecanismelor folosite de tribunalele arbitrale pentru determinarea legii aplicabile procedurii și fondului în arbitrajul internațional deoarece aceste elemente generale conturează temeiul și limitele a ceea ce va urma în următoarele părți ale lucrării.

Autonomia de voință a părților este principiul care stă la baza libertății pe care o au părțile în arbitrajul internațional de a alege legea aplicabilă, atât procedurii, cât și fondului. Principiul autonomiei de voință în arbitrajul internațional își are izvorul în legile naționale dedicate arbitrajului și în instrumentele internaționale care conturează cadrul legal în care se desfășoară arbitrajul internațional. Mai mult, principiul autonomiei de voință, atât în privința procedurii, cât și a dreptului material, este cuprins în regulile de arbitraj ale principalelor instituții arbitrale, dar având în vedere că regulile de arbitraj dobândesc caracter obligatoriu prin manifestarea voinței părților, includerea acestui principiu în reguli este o confirmare de către părți a autonomiei lor de voință.

Autoritatea tribunalului arbitral de a determina legea aplicabilă în lipsa acordului părților este analizată în următorul capitol, cu accent pe sursele acestei autorități: acordul părților, instrumentele internaționale care formează cadrul legal în care funcționează arbitrajul internațional, legile naționale care reglementează arbitrajul și regulile de arbitraj.

Oricât de importante și apreciate ar fi în arbitrajul internațional, nici autonomia de voință a părților și nici autoritatea tribunalului arbitral nu sunt absolute, ci cunosc anumite limite. Pe de-o parte avem limitele deja consacrate, ordinea publică și normele de aplicație imediată, iar pe de altă parte sunt evidențiate și limitele care decurg din Convenția de la New York, având în vedere impactul practic deosebit al acestei Convenții. Atât conceptul de ordine publică, cât și normele de aplicație imediată sunt analizate pe trei paliere: concept, clasificare și conținut. Nu este pierdut din vedere nici dreptul Uniunii Europene ca sursă de norme de ordine publică și de norme de aplicație imediată pentru Statele Membre.

Pentru a facilita trecerea către miezul lucrării, capitolul X se referă la distincția dintre aspectele de procedură și cele de fond, problemă de caracterizare cu care se confruntă tribunalele arbitrale. Distincția dintre aspectele de procedură și cele de fond nu este una ușoară nici măcar în cadrul unui singur sistem de drept, cu atât mai puțin în situația interacțiunii dintre diferite sisteme, când liniile de demarcație variază de la un sistem la altul.

Capitolul privind determinarea legii aplicabile procedurii abordează, în primul rând, obiectul determinării, adică legile procedurale, regulile de arbitraj și instrumentele de *soft law* potențial aplicabile într-un arbitraj internațional. În al doilea rând, sunt abordate principalele aspecte de procedură care ridică probleme într-un arbitraj internațional (capacitatea părților, mijloacele de probă și administrarea probelor, măsuri provizorii și conservatorii, derularea procedurii) și sunt evidențiate abordările tribunalelor arbitrale cu privire la regulile de procedură aplicabile acestor aspecte. În al treilea rând, sunt analizate instrumentele procedurale folosite de tribunalele arbitrale în stabilirea regulilor de procedură (ordinul procedural, termenii de referință, calendarul procedural, conferința procedurală).

Față de instanțele de judecată statale care aplică întotdeauna legea procedurală a statului de care aparțin, *lex fori*, și în cazul cărora opțiunea părților pentru o anumită instanță implică automat alegerea legii procedurale a respectivei instanțe, tribunalele arbitrale nu beneficiază de echivalentul lui *lex fori*, iar legea procedurală a statului în care s-a stabilit sediul arbitrajului nu se aplică automat procedurii arbitrale.

Din perspectiva teoriilor teritorialiste/jurisdicționale privind arbitrajul, conceptele *lex fori* și *lex loci arbitri*, referindu-se la legea forului sau legea sediului arbitrajului, aveau același fundament și implicau aceeași importanță și preeminență cu privire la legea procedurală, atât în litigiile internaționale, cât și în arbitrajele internaționale. Dacă de-a lungul timpului *lex fori* și-a păstrat rolul în litigiile internaționale, în arbitrajul internațional *lex loci arbitri* și-a pierdut din importanță odată cu dezvoltarea teoriilor delocalizării arbitrajului. În legislațiile și reglementările moderne privind arbitrajul internațional părțile și tribunalele arbitrale se bucură de o autonomie extinsă în alegerea legii procedurale sau a regulilor de procedură după care se va desfășura arbitrajul.

Chiar și atunci când părțile își exercită autonomia procedurală și optează pentru un set de reguli de arbitraj, există loc suficient pentru manifestarea autorității procedurale a tribunalului arbitral deoarece regulile de arbitraj au un caracter foarte general și flexibil, permițând tribunalului arbitral să adapteze procedura în funcție de nevoile cazului. Regulile de arbitraj pot fi adesea completate cu instrumente de *soft law*, precum cele pregătite de Asociația Internațională a Barourilor (*International Bar Association*). În orice caz, cel mai adesea regulile procedurale concrete sunt stabilite și detaliate în ordine procedurale în funcție de voința părților și aprecierea tribunalului privind necesitățile cazului.

Pe de altă parte, se poate apela și la normele procedurale din sistemele naționale de drept, fie la reglementările specifice dedicate arbitrajului internațional, fie la normele procedurale de drept comun dedicate instanțelor statale. Această abordare a pierdut tot mai mult teren odată cu evoluția istorică către slăbirea rolului legii de la sediul arbitrajului în determinarea procedurii arbitrale. Este abordarea cea mai puțin preferată în practică și nerecomandată de literatura de specialitate

contemporană, deoarece construcțiile procedurale din sistemele naționale de drept sunt considerate total nepotrivite pentru derularea unei proceduri arbitrale internaționale, iar reglementările specifice arbitrajului din sistemele de drept național, atunci când există, au la rândul lor un caracter destul de general, neeliminând nevoia determinării regulilor de procedură aplicabile. Dacă totuși se dorește aplicarea unor norme procedurale din sistemele naționale de drept, este total nerecomandată alegerea unui sistem în integralitatea lui, fiind preferată extragerea chirurgicală a normelor dorite și receptarea lor contractuală sau includerea lor în ordinele procedurale emise de tribunalul arbitral.

Din punct de vedere al evoluției istorice și a tendințelor contemporane, se poate observa fluctuația autonomiei arbitrajului față de controlul statelor, de la autonomie procedurală extinsă în antichitate și evul mediu, la încercări de control și reglementare statală, pentru ca după al II-lea Război Mondial să se manifeste o dezvoltare extraordinară a arbitrajului pe plan internațional, manifestată atât prin apariția unor instrumente internaționale esențiale pentru funcționarea corespunzătoare a arbitrajului internațional, cât și prin liberalizarea legislațiilor naționale.

În prezent, odată cu popularitatea extraordinară a arbitrajului instituțional, se poate observa o tendință a regulilor de arbitraj de a acorda autoritate tot mai extinsă instituțiilor de arbitraj, prin curțile de arbitraj aferente. Această extindere a autorității curților de arbitraj mușcă atât din autonomia de voință a părților, mai ales în etapa numirii arbitrilor și a constituirii tribunalului arbitral.

Față punctele de vedere prezentate în doctrina, ne situăm undeva la mijloc, în sensul că apreciem a fi necesare mai multe instrumente de *soft law* dedicate procedurii arbitrale sau instrumente mai detaliate, la care părțile și tribunalele arbitrale să poată apela, fie și numai ca sursă de inspirație. Ideea unor reguli suplimentare la regulile de arbitraj, care să fie aplicabile implicit în lipsa excluderii exprese, ni se pare prea intrusivă și chiar periculoasă în contextul extinderii autorității curților de arbitraj, despre care vorbeam mai sus. Cel mult, ar putea exista astfel de reguli suplimentare care să urmeze modelul instrumentelor de *soft law* și să fie aplicabile exclusiv prin opțiunea expresă în favoarea lor.

În plus, în urma parcursului analitic din prezenta lucrare, concluzionăm că ar fi binevenite și instrumente de *soft law* privind determinarea legii sau regulilor de procedură aplicabile anumitor aspecte procedurale mai sensibile, care au ridicat și continuă să ridice probleme în practică, cum ar fi capacitatea părților, secretul profesional și confidențialitatea, *res judicata* etc. Din parcursul analitic de mai sus putem trage concluzia că în literatura de specialitate și în jurisprudența arbitrală s-au conturat deja soluții specifice arbitrajului, care ar putea fi codificate cu succes în instrumente de *soft law*, care nu ar fi impuse participanților la arbitraj, dar le-ar sta la dispoziție în caz de necesitate.

Capitolul privind determinarea legii aplicabile fondului abordează, în primul rând, obiectul determinării, adică sistemele de drept și regulile de drept potențial aplicabile fondului într-un arbitraj internațional, inclusiv reguli de drept internațional public, reguli de drept nestatale și opțiunea de soluționare a disputei în echitate. În al doilea rând, sunt abordate metodele folosite de tribunalele arbitrale pentru determinarea legii aplicabile fondului în arbitrajul internațional (metoda directă și metodele indirecte, în cadrul cărora se remarcă metoda cumulativă, metoda principiilor generale de drept internațional privat, metoda alegerii libere a normei conflictuale). În al treilea rând, sunt analizate normele de drept internațional privat la care tribunalele arbitrale recurg sau pot recurge pentru soluționarea conflictului de legi (norme conflictuale internaționale, norme conflictuale din dreptul Uniunii Europene, norme conflictuale din sistemele de drept național, norme conflictuale specifice din regulile de arbitraj).

Dezvoltarea și evoluția arbitrajului comercial internațional a contribuit la o transformare a metodologiei și normelor tradiționale ale dreptului internațional privat. Mecanismele clasice ale dreptului internațional privat s-au dovedit inadecvate pentru nevoile disputelor derivate din tranzacții de comerț internațional, mai ales din cauza predictibilității limitate, a soluțiilor uneori inechitabile sau nerezonabile și a inadecvării dreptului național determinat ca aplicabil la specificul tranzacțiilor internaționale. Ca atare, în cadrul arbitrajului internațional s-au dezvoltat metode specifice pentru gestionarea conflictelor de legi. Pe de o parte, au apărut noi metode de soluționare a conflictelor de legi, iar pe de altă parte s-a trecut peste un pilon de bază al dreptului internațional privat, care stabilea că soluția la un conflict de legi poate fi doar aplicarea unei legi naționale, prin acceptarea ca reguli de drept aplicabile fondului disputei a normelor transnaționale.

În prezent, regulile de arbitraj și legile naționale privind arbitrajul reflectă două categorii de abordări privind autoritatea tribunalului arbitral de a determina legea aplicabilă în lipsa unui acord al părților. Potrivit unei prime categorii, tribunalul arbitral poate alege la discreție normele conflictuale pe care să le aplice pentru determinarea legii aplicabile. Potrivit celei de-a doua categorii, tribunalul arbitral poate alege la discreție direct legea aplicabilă fondului fără a mai parcurge pasul intermediar al alegerii și aplicării normelor conflictuale.

Metoda desemnării directe a legii aplicabile este reflectată în Regulile de arbitraj ICC, Regulile de arbitraj LCIA, Regulile de Arbitraj SCC și Regulile de arbitraj UNCITRAL. Când părțile aleg un set de reguli de arbitraj care cuprind metoda desemnării directe a legii aplicabile, părțile acceptă că tribunalul arbitral nu este obligat să aplice norme de drept internațional privat pentru determinarea legii aplicabile, deoarece respectivele reguli îi permit tribunalului să aplice în mod direct legea materială pe care o consideră potrivită, fără a trece prin intermedierea unor norme conflictuale sau a unor criterii pentru determinarea legii aplicabile. Totuși, reiese că, în practică, aplicarea metodei desemnării directe a legii aplicabile implică cel mai adesea luarea în considerare

în mod implicit, chiar dacă nu e vizibil, a unor norme de drept internațional privat. Din diverse sentințe arbitrale în care se consideră că a fost aplicată metoda directă reiese existența unor factori de legătură pe care s-au bazat arbitrii când au ales legea aplicabilă.

Metoda determinării indirecte este reflectată în articolul VII para 1 din Convenția europeană din 1961, în articolul 28(2) din Legea model UNCITRAL din 1985, în Regulile de arbitraj UNCITRAL din 1976 și în regulile de arbitraj ICC anterioare datei de 1 ianuarie 1998. Chiar dacă tendința este să se renunțe la metoda indirectă și majoritatea regulilor de arbitraj prevăd în prezent aplicarea metodei directe, asta nu exclude posibilitatea arbitrilor de a folosi norme conflictuale chiar dacă nu au această obligație.

Metoda cumulativă presupune aplicarea normelor conflictuale din toate sistemele de drept care au legătură cu disputa, fie că sunt identice, asemănătoare sau diferite, important fiind rezultatul la care se ajunge prin aplicarea fiecărui set de reguli. Dacă toate normele conflictuale din toate sistemele de drept care au legătură cu disputa conduc la același rezultat și indică aceeași lege ca fiind aplicabilă, părțile nu au niciun motiv de nemulțumire că nu le-ar fi fost respectate așteptările rezonabile. Totuși, aplicarea metodei cumulative devine problematică atunci când diferitele norme conflictuale conduc la rezultate diferite.

Valoarea acestei metode este invers proporțională cu numărul diferitelor norme conflictuale care se impun ca potențial aplicabile prin prisma legăturii cu disputa. Cu cât sunt mai multe, cu atât șansele sunt mai mari ca diversele norme conflictuale să conducă la soluții diferite, ceea ce lipsește de eficiență aplicarea acestei metode deoarece un alt mecanism conflictual va trebui aplicat pentru a putea alege dintre alternativele generate prin aplicarea metodei cumulative.

Metoda principiilor generale ale dreptului internațional privat presupune identificarea principiilor comune sau larg acceptate în principalele sisteme de drept internațional privat. Când aplică această metodă, arbitrii extrag principiile generale atât din jurisprudența arbitrală, cât și din convențiile internaționale, fie că sunt sau nu în vigoare. Instrumentele internaționale reflectă un anumit consens la nivel internațional, care este cu atât mai puternic cu cât se bucură de o ratificare mai largă.

Metoda alegerii libere a normei conflictuale presupune alegerea liberă sau chiar inventarea celei mai potrivite norme conflictuale. Printre normele conflictuale la dispoziția tribunalului arbitral se numără normele de soluționare a conflictului de legi la nivel internațional, normele de soluționare a conflictului de legi la nivelul Uniunii Europene, normele conflictuale din sistemele naționale de drept, normele conflictuale din regulile de arbitraj.

Arbitrajele CIRDI desfășurate sub egida Convenției de la Washington beneficiază de reguli conflictuale specifice, care reflectă specificul acestor arbitraje și istoricul negocierii Convenției de la Washington. În Convenția de la Washington, art. 42(1) prevede că, în lipsa unei alegeri exprese a

părților, tribunalul arbitral va aplica legea statului parte, inclusiv normele conflictuale relevante, dar și normele de drept internațional aplicabile. Pe de o parte, această prevedere reflectă practica statelor de a nu se supune unei legi naționale străine. Pe de altă parte, îngrijorarea investitorului cu privire la posibile schimbări legislative nefavorabile efectuate de statul parte își găsește răspuns în faptul că sunt aplicabile și normele de drept internațional. Astfel, rezultatele aplicării legii naționale a statului parte vor fi testate prin raportare la normele dreptului internațional, iar dacă aplicarea dreptului național al statului parte ar încălca dreptul internațional, acesta din urmă ar prevala. Raportul dintre legea națională a statului parte și dreptul internațional a fost abordat în numeroase cazuri, atât de tribunalele arbitrale, cât și de comitetele *ad hoc* care au soluționat cererile de anulare. În general, opinia privind rolul complementar și corectiv al dreptului internațional față de dreptul național al statului parte este împărtășită de jurisprudența și doctrina relevantă și își găsește susținere și în istoricul redactării Convenției de la Washington.

În ceea ce privește determinarea legii sau a regulilor de drept aplicabile fondului cauzei, în primul rând concluzionăm că ar fi recomandabil ca părțile să își exercite autonomia de voință și să aleagă legea aplicabilă, preferabil un sistem de drept național. Astfel evită costuri și prelungiri pentru disputarea aspectelor privind legea aplicabilă sau a conținutului unor reguli de drept nestatale precum *lex mercatoria*. Mai mult, clauza de alegere a legii aplicabile trebuie să fie cât mai simplă și mai clară. Cu cât clauza de alegere a legii aplicabile este mai complicată (*depeçage*, principii generale etc.) sau mai neclară cu atât va complica și prelungi procedura deoarece se va disputa conținutul legii sau regulilor aplicabile.

De asemenea, o altă recomandare pentru părți, pentru a evita o serie de probleme privind legea aplicabilă, ar fi să formuleze clauzele de alegere a legii aplicabile la fel de extins cum este convenția arbitrală în același contract. Dacă în convenția arbitrală se prevede că vor fi supuse arbitrajului toate disputele decurgând din sau în legătură cu respectivul contract, și clauza de alegere a legii aplicabile ar trebui să aibă aceeași formulare.

În final, reiese destul de clar că, în general, autoritatea tribunalului arbitral este destul de extinsă în materia determinării legii aplicabile și poate aplica ce metode sau norme conflictuale dorește. Prin urmare, nu contează așa mult metoda adoptată, cât motivarea deciziei, indiferent dacă se face referire la norme conflictuale sau nu. Autoritatea extinsă acordată tribunalelor arbitrale pentru determinarea legii aplicabile fondului implică mai multă responsabilitate și mai mult efort pentru o motivare cuprinzătoare și convigătoare a soluției privind legea aplicabilă.

Concluzionăm, de asemenea, că ar fi util un instrument de *soft law* privind conflictele de legi în arbitrajul internațional, similar Regulilor IBA, care, chiar dacă nu ar avea caracter obligatoriu, ar putea deveni acceptat ca un punct referință în domeniu. Ar putea scuti timp și resurse în cazurile în care se ridică probleme mai complicate de drept internațional privat. Nu trebuie să fie nimic

inovator. Este vorba mai degrabă despre codificare, sintetizare, prin raportare la instrumente de succes și la jurisprudența existentă. Un studiu cantitativ sau statistic al jurisprudenței privind determinarea legii aplicabile ar putea fi de ajutor. Iar entitatea emitentă este esențială pentru a-i acorda legitimitate, motiv pentru care ne gândim că ideal ar fi un instrument pregătit de IBA, ICCA sau chiar HCCH.

Un astfel de instrument de *soft law* nu ar aduce atingere posibilității părților de a stabili alte reguli, dar în absența unei înțelegeri a părților, existența unui astfel de instrument va oferi părților o perspectivă asupra așteptărilor pe care le pot avea și va ajuta tribunalele arbitrale să determine legea aplicabilă potrivit unor norme care vor fi percepute ca obiective de părți.

În ceea ce privește structura și conținutul unui astfel de instrument de *soft law* privind liniile directoare pentru soluționarea conflictelor de legi în arbitrajul internațional, din parcursul analitic de mai sus putem extrage câteva sugestii de reguli.

În primul rând, chiar dacă poate părea repetitiv prin raportare reglementările deja existente în legislațiile naționale și în regulile de arbitraj, ar trebui prevăzută libertatea părților de a stabili legea sau regulile de drept aplicabile fondului cauzei. Undeva în preambul sau într-un prim articol privind definirea termenilor, ar merita definit conceptul de „reguli de drept” ca incluzând reguli nestatale precum *lex mercatoria*, principii generale de drept, Principiile UNIDROIT etc. De asemenea, s-ar impune o prevedere specifică despre distincția dintre alegerea expresă și alegerea tacită, precum și despre condițiile sau criteriile care trebuie îndeplinite pentru a reține un tip de alegere sau altul. Se impune și o mențiune despre posibilitatea optării pentru *depeçage*.

În al doilea rând, câteva articole ar putea viza limitele autonomiei de voință în arbitrajul internațional, cu referire la normele de ordine publică și normele de aplicație imediată, eventual cu distincția dintre cele din legea aplicabilă, cele de la sediul arbitrajului și cele din state terțe.

În al treilea rând, ar fi prevăzute norme conflictuale alternative pentru determinarea legii aplicabile disputei, atât obligațiilor contractuale, cât și celor necontractuale, după caz. Având în vedere preferința care reiese din jurisprudența arbitrală pentru metoda cumulativă, o primă regulă ar trebui să vizeze tocmai aplicarea metodei cumulative, cu referire la normele conflictuale care vor fi introduse în analiza metodei cumulative, respectiv normele conflictuale din statele de origine ale părților, la care se pot adăuga norme conflictuale din convenții internaționale relevante, dacă există. Dacă normele conflictuale comparate în cadrul metodei comparative nu conduc la același rezultat, s-ar trece la etapa a doua, la prevederea unor norme conflictuale specifice.

Astfel, în cazul obligațiilor contractuale s-ar putea opta pentru criteriul celor mai strânse legături, care pare cel mai răspândit și cu un grad de acceptare suficient de ridicat, cu exemplificarea orientativă a unor elemente de legătură de care se poate ține seama (e.g. reședința

obișnuită sau sediul părții contractuale care efectuează prestația caracteristică, locul executării contractului etc.).

În cazul obligațiilor necontractuale, o primă prevedere ar trebui să vizeze posibilitatea părților de a alege legea aplicabilă anterior producerii faptului cauzator de prejudicii. Apoi, în lipsa unei alegeri a părților, norma conflictuală care trimite la legea de la locul unde a fost suferit prejudiciul pare cea mai răspândită și acceptată. Pentru ipoteza în care prejudiciul este resimțit în mai multe jurisdicții, ar putea fi utile niște criterii suplimentare de departajare.

Recomandările de mai sus privind conținutul unui astfel de instrument de *soft law* vizează strict aspectele abordate în prezenta lucrare, dar bineînțeles că s-ar impune și prevederi generale privind domeniul de aplicare și alte aspecte care apar de obicei în reglementări privind soluționarea conflictelor de legi. De asemenea, trebuie menționat că recomandările de mai sus, deși sunt bazate pe observațiile extrase, în urma cercetării, din doctrină și jurisprudență, sunt cu siguranță influențate și de pregătirea noastră într-un sistem de drept civil. Prin urmare, un instrument de *soft law* care ar fi pregătit de IBA, ICCA sau HCCH ar fi rezultatul unei colaborări între specialiști care provin din tradiții juridice diferite și prin urmare ar reflecta mai bine standardele general acceptate pe plan internațional.

Încheiem prin a sublinia că, dacă în cazul determinării legii aplicabile procedurii există deja numeroase instrumente aflate la dispoziția tribunalelor arbitrale, iar comunitatea arbitrală internațională este destul de proactivă în acest sens, în cazul determinării legii aplicabile fondului se resimte lipsa unui instrument de *soft law* comprehensiv și bine încheiat, la care să se poată raporta tribunalele arbitrale în caz de nevoie și care să poată da contur așteptărilor rezonabile ale părților. Regulile, mecanismele, criteriile sau standardele relevante sunt deja conturate în doctrina și jurisprudența internațională, prin urmare trebuie doar codificate de o asociație sau organizație prestigioasă pentru a le oferi legitimitate.