

CLAUZELE ARBITRALE PATOLOGICE: PROBLEME ȘI SOLUȚII

Aurel BĂIEȘU

Universitatea de Stat din Moldova

Prezentul articol este consacrat problematicii clauzelor arbitrale, numite în doctrină și în jurisprudență clauze „patologice”, care sunt redactate deficient, fiind de natură să împiedice buna desfășurare a arbitrajului din cauza stipulațiilor incomplete, imprecise, neclare sau contradictorii. Remediile pentru clauzele vizate depind de categoria și gravitatea patologiei care afectează fiecare clauză în parte și, deseori, deficiențele acestor clauze sunt înlăturate, pe cât este posibil, prin aplicarea diferitelor metode de interpretare a clauzelor contractuale, care s-au cristalizat în legislațiile naționale, în instrumentele de drept uniform și în jurisprudența comparată. În remedierea clauzelor patologice instanțele trebuie să caute un echilibru între favorizarea arbitrajului ca metodă alternativă de soluționare a disputelor și controlul jurisdicțiilor statale asupra validității și eficienței unor clauze defectuoase, pe calea clarificării și respectării voinței reale a părților exprimate în acordul lor privind modul de reglementare a litigiilor care apar între ele.

Cuvinte-cheie: *arbitraj, convenție de arbitraj, clauză arbitrală patologică, tribunal arbitral, jurisdicție statală, remedii, interpretarea clauzelor, jurisprudență comparată.*

PATHOLOGICAL ARBITRATION CLAUSES: PROBLEMS AND SOLUTIONS

This article is devoted to the issue of arbitration clauses, called in doctrine and jurisprudence “pathological” clauses, which are drafted poorly, being likely to prevent the proper conduct of arbitration due to incomplete, imprecise, unclear or contradictory stipulations. The remedies for the affected clauses depend on the category and severity of the pathology affecting each clause, and, often, the deficiencies of these clauses are removed, as far as possible, by applying the various methods of interpretation of the contractual clauses, which have crystallized in national legislations, uniform law instruments and comparative jurisprudence. In remedying the pathological causes, the courts must seek a balance between the favoring of arbitration as an alternative method of dispute resolution and the control of state jurisdictions over the validity and effectiveness of some defective clauses, by way of clarifying and respecting the real will of the parties expressed in their agreement on how to regulate the disputes that arise between them.

Keywords: *arbitration, arbitration agreement, pathological arbitration clause, arbitral tribunal, state jurisdiction, remedies, interpretation of clauses, comparative jurisprudence.*

Considerații generale

Condiție primordială a arbitrajului, clauza arbitrală este stipulația contractuală ce reprezintă un acord de natură procedurală realizat între părțile contractante care stă la baza investirii arbitrilor cu puterea de a judeca litigiile deduse arbitrajului. Legea-tip a Comisiei Națiunilor Unite pentru Dreptul Comerțului Internațional (UNCITRAL – engl.) asupra Arbitrajului Comercial Internațional din 21 iunie 1985, cu modificările din 2006 (în continuare – Legea-tip UNCITRAL) definește convenția de arbitraj ca fiind un *acord al părților să supună arbitrajului toate sau unele litigii care apar sau care vor apărea între ele în legătură cu relațiile lor comerciale. Convenția de arbitraj poate fi exprimată în forma unei clauze în contract sau în forma unui acord separat* [1]. Aceeași definiție o găsim și în Legea 24/2008 cu privire la arbitrajul comercial internațional (art. 7) [2].

Eminentul jurist francez Frédéric Eisemann, fost Secretar general al Curții de Arbitraj Internațional a Camerei de Comerț Internațională de la Paris, a stabilit patru funcții ale clauzei arbitrale: 1) produce consecințe obligatorii pentru părți; 2) exclude intervenția instanțelor statale în soluționarea litigiului, cel puțin până la pronunțarea unei hotărâri arbitrale; 3) oferă puteri tribunalului arbitral de a soluționa posibilele litigii ce pot apărea între părți și 4) permite desfășurarea unei procedurii arbitrale eficiente și rapide care duce la pronunțarea unei sentințe susceptibile de executare judiciară [3].

Clauzele contractuale privind soluționarea litigiilor pe cale de arbitraj, elaborate cu grijă, sunt esențiale pentru facilitarea tranzacțiilor dintre părți, dar sunt adesea neglijate în procesul de negociere. Părțile și consilierii lor investesc timp și resurse semnificative pentru a-și reglementa relația comercială în contractul lor, dar uneori nu reușesc să acorde aceeași grijă – sau să solicite sfatul unui expert – atunci când elaborează un mecanism pentru soluționarea litigiilor. Aceste clauze sunt numite și „clauze de la miezul nopții” (*midnight clauses*), deoarece, de obicei, sunt ultimele clauze care sunt luate în considerare în negocierile contractului, fiind redactate uneori noaptea târziu sau la primele ore ale dimineții [4]. Lipsa de suficientă atenție modului în care disputele trebuie soluționate (posibil pentru că părțile sunt reticente în a lua în considerare posibilitatea apariției disputelor între ele) duce adesea la adoptarea unui compromis inadecvat și greu de realizat [5]. În unele cazuri, clauzele sunt atât de prost redactate încât suferă de diferite defecte care le pot face greoaie sau, în cel mai rău scenariu, chiar inaplicabile.

Atunci când clauzele arbitrale sunt redactate necorespunzător, fiind „de natură să împiedice buna desfășurare a arbitrajului” [6, p. 283], din cauza stipulațiilor incomplete, imprecise, neclare sau contradictorii, în doctrină și în jurisprudența comparată se vorbește de clauze arbitrale „patologice”, termen introdus de Frédéric Eisemann, fost Secretar general al Curții de Arbitraj Internațional a Camerei de Comerț Internaționale de la Paris [3]. În accepția acestui autor, împărtășită pe larg în doctrină, sunt considerate patologice acele clauze care nu îndeplinesc cel puțin una din cele 4 funcții ale clauzei arbitrale, formulate de acesta.

Un alt autor notoriu, profesorul Fernández Rozas, afirmă că ne aflăm în prezența unei clauze patologice ori de câte ori „clauza este ambiguă în ceea ce privește voința părților de a se supune arbitrajului, în identificarea instituției arbitrale competente sau în ceea ce privește certitudinea renunțării la jurisdicția statală” [7]. Întrebările care se ridică în privința acestora sunt în principal următoarele: au dorit cu adevărat părțile să deroge de la competența instanței de stat pentru a atribui competența unui tribunal arbitral? Este posibil ca acordul lor să fie aplicat?

Căile de „remediere” și de „profilaxie” a clauzelor arbitrale patologice

Calificarea clauzei arbitrale ca „patologică” nu îi schimbă natura juridică sau substanța. O deficiență a unei clauze de arbitraj nu invalidează neapărat acordul astfel constituit; depinde de natura sau de substanța deficienței și dacă aceasta este remediabilă [8]. În general, clauzele de arbitraj sunt menținute ca valide, irevocabile și executorii, cu excepția cazului în care sunt afectate de vicii juridice general aplicabile, cum sunt eroarea, dolul, violența, sau sunt inadmisibile pe motivul că litigiul este inarbitrabil. Ca urmare, atunci când se confruntă cu o clauză de arbitraj prost redactată sau defectuoasă, instanțele de judecată sau arbitrii trebuie, în primul rând, să stabilească dacă părțile au convenit să arbitreze litigiul în pofida redactării proaste a clauzei. În atare situații judecătorii sau arbitrii vor încerca să remedieze clauzele defectuoase, numai dacă acestea nu suferă de patologii incurabile [9, p.1115].

Remediarea clauzelor patologice se face de cele mai dese ori prin interpretarea lor, în vederea determinării esenței voinței părților de a recurge la arbitraj pentru a soluționa litigiile lor. Problema interpretării convențiilor de arbitraj poate apărea la diferite etape ale procesului de arbitraj, reglementate de Legea-tip UNCITRAL: (a) hotărârea tribunalului de arbitraj cu privire la propria sa competență, inclusiv asupra oricărei excepții de existență și validitate a convenției de arbitraj (art. 16(1)); (b) revizuirea de către instanța de judecată a sentinței tribunalului arbitral cu privire la propria sa competență (art. 16(3)); (c) decizia instanței de judecată sesizate cu o acțiune asupra unei chestiuni care face obiectul unei convenții arbitrale (art. 8); (d) examinarea de către instanța de judecată a cererii de anulare a sentinței arbitrale (art. 34) și a cererii de recunoaștere și executare a unei sentințe arbitrale străine (art. 36).

Remarcăm că regulile de interpretare a clauzelor arbitrale sunt, în principiu, aceleași reguli generale aplicabile interpretării clauzelor contractuale; ele sunt inserate în cuprinsul art. 1100-1107 Cod civil al Republicii Moldova (în continuare - C. civ. RM), precum și în instrumentele de drept uniform - Convenția de la Viena din 11 aprilie 1980 asupra contractelor de vânzare internațională de mărfuri (în continuare – Convenția de la Viena) [10], „Principiile referitoare la contractele de comerț internațional” elaborate de UNIDROIT (în continuare – Principiile UNIDROIT) [11]. De cele mai dese ori se recurge la următoarele reguli de interpretare: (a) interpretarea potrivit bunei credințe, (b) prioritatea voinței reale a părților, (c)

interpretarea coordonată (sistematică) a clauzelor, (d) interpretarea potrivit efectului util, (e) interpretarea în folosul părții defavorizate, f) interpretarea în cazul discrepanțelor lingvistice.

a) *Interpretarea potrivit bunei credințe.* Într-o hotărâre a Curții Supreme Federale din Elveția din 2010, s-a statuat: *[i]interpretarea unei clauze arbitrare urmează regulile generale aplicabile interpretării declarațiilor de voință private. Atunci când această voință de fapt a părților nu poate fi stabilită, clauza arbitrală trebuie interpretată în mod obiectiv, adică voința presupusă a părților trebuie determinată în funcție de ceea ce putea și ar fi trebuit să fie înțeles de un destinatar de bună-credință* [12]. Într-o sentință pronunțată sub egida Centrului Internațional pentru Rezolvarea Diferendelor din Domeniul Investițiilor în 1983 s-a statuat că *orice convenție, inclusiv o convenție de arbitraj, trebuie să fie interpretată cu bună credință, adică ținând cont de consecințele angajamentelor pe care părțile puteau să le considere ca fiind asumate în mod rațional și legitim* [6, p. 277-278].

b) *Prioritatea voinței reale a părților.* Această regulă, care se regăsește atât în legislațiile naționale, cât și în instrumentele de drept uniform, stabilește că interpretarea contractului se face după intenția comună a părților, fără a se limita la sensul literal al termenilor utilizați (art. 1100 (2) C.civ. RM, art.8 alin.2 al Convenției de la Viena și art.4.1 al Principiilor UNIDROIT). Potrivit acestei reguli, interpretarea trebuie să se facă pornindu-se de la voința reală a părților și nu de la cuvintele în care acest acord a fost exprimat. Într-o sentință pronunțată sub egida Centrului Internațional pentru Rezolvarea Diferendelor din Domeniul Investițiilor în 1983 s-a statuat că *ea [clauza] trebuie să fie interpretată într-o manieră care să conducă la găsirea și respectarea intenției comune a părților: o astfel de metodă de interpretare nu este altceva decât aplicarea principiului fundamental pacta sunt servanda, comun tuturor sistemelor de drept intern și dreptului internațional*” [6, p. 279].

Stabilirea voinței reale a părților se face luându-se în considerare toți factorii care influențează interpretarea contractului: natura și scopul lui, circumstanțele în care a fost încheiat, negocierile preliminare, interpretarea care este dată acestuia de către părți sau care poate fi dedusă din comportamentul lor de până la și după încheierea contractului, practicile stabilite între părți, înțelesul acordat în mod obișnuit clauzelor și expresiilor în ramura comercială vizată, precum și uzanțele (art. 1101 C.civ. RM, art. 8 alin. 3 al Convenției de la Viena și art. 4.3 al Principiilor UNIDROIT). Dacă nu poate fi stabilită intenția părților, contractul va fi interpretat conform înțelesului dat acestuia de orice persoană rezonabilă din aceeași categorie ca și părțile, în circumstanțe identice (art. 1100 C. civ. RM, art. 8 din Convenția de la Viena și art.4.1 din Principiile UNIDROIT).

c) *Interpretarea coordonată (sistematică) a clauzelor.* Clauzele oricărui contract alcătuiesc un întreg. De aceea, clauzele și expresiile utilizate de părți nu trebuie să fie privite izolat, ci făcând parte integrantă din contextul general. În acest sens, clauzele contractuale se interpretează în contextul întregului contract (art. 1103 C.civ. RM art .4.4 Principiile UNIDROIT). Totodată ținem să subliniem că această regulă de interpretare trebuie aplicată, ținându-se cont de principiul autonomiei clauzei de arbitraj în raport cu contractul principal. Referitor la respectiva autonomie, Legea-tip UNCITRAL stipulează: *tribunalul arbitral se poate pronunța asupra propriei competențe, inclusiv orice obiecții referitoare la existența sau valabilitatea convenției de arbitraj. În acest scop, o clauză arbitrală care face parte dintr-un contract este considerată a fi un acord distinct de celelalte clauze ale contractului* (art. 16).

d) *Interpretarea potrivit efectului util .* Clauzele contractului se interpretează în sensul în care pot produce efecte, dar nu în sensul în care nu ar produce nici un efect (art. 1104(1) C.civ. RM, art. 4.5 al Principiilor UNIDROIT). Într-o sentință a Curții Internaționale de Arbitraj a Camerei de Comerț Internaționale de la Paris s-a menționat că în caz de dubii trebuie să se prefere interpretarea care păstrează cuvintelor un anumit sens interpretării care le consideră inutile sau absurde [6, p. 279]. Referitor la aplicarea principiului efectului util în vederea salvagădării clauzei arbitrare s-a pronunțat și Curtea Supremă Federală a Elveției: *[a]tunci când rezultatul interpretării arată că părțile au dorit într-adevăr să excludă litigiul de la instanțele de stat și să-l supună unei hotărâri arbitrare, dar că rămân anumite diferențe în ceea ce privește implementarea procedurii de arbitraj, atunci se aplică așa-numitul concept de utilitate, conform căruia este necesar să se urmărească o interpretare a contractului care să permită subzistența clauzei arbitrare* [12].

e) *Interpretarea în folosul părții defavorizate.* Art. 4.6 al Principiilor UNIDROIT consacră regula „*contra proferentem*”: *în caz de neclaritate, clauzele unui contract se interpretează, de preferință, împotriva părții care le-a propus.* La fel, art. 1107 C. civ. RM dispune: *neclaritățile din condițiile contractuale standard se interpretează în defavoarea părții care le-a formulat* (alin. 1). În caz de dubiu, contractul se interpretează în favoarea celui care a contractat obligația și în defavoarea celui care a stipulat-o. În toate cazurile, contractul se interpretează în favoarea aderentului sau a consumatorului (alin. 2). La fel, regula potrivit căreia contractul se interpretează în favoarea celui ce se obligă „*in dubio pro reo (debitori)*” este aplicată constant în practica arbitrală de comerț internațional [13]. În materia arbitrajului, regulile evocate înseamnă că cel care a redactat o convenție arbitrală confuză nu s-ar putea prevala de respectiva ambiguitate pentru a înlătura competența tribunalului arbitral, întrucât ar contraveni principiului conform căruia o parte nu poate invoca propria sa culpă sau nepricepere.

f) *Discrepanțe lingvistice.* Interpretarea contractelor comerciale internaționale prezintă o dificultate sporită față de contactele interne și datorită faptului că, în numeroase cazuri, aceste contracte sunt redactate într-o limbă străină, apoi sunt traduse în altă limbă, ceea ce ridică probleme specifice de interpretare a termenilor utilizați. Principiile UNIDROIT prevăd regula potrivit căreia „atunci când un contract este redactat în două sau mai multe versiuni de limbă care au forță egală, se va prefera, în caz de discrepanță între versiuni, interpretarea conformă versiunii în care a fost redactat inițial contractul” (art. 4.7). Prevederi similare se regăsesc în art. 1102 C.civ. RM.

Într-o clauză recentă din jurisprudența arbitrală autohtonă (nepublicată), în care Curtea de Apel a desființat o hotărâre a Tribunalului arbitral al Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a Republicii Moldova (CACI CCI RM), unul din temeiurile de desființare a fost incompetența Tribunalului arbitral sus numit. În procesul interpretării clauzei arbitrale a contractului, tradus din limba engleză, a apărut întrebarea despre traducerea corectă a termenului *appointing authority* în raport cu CACI CCI RM. Una din părți considera că el se traduce ca *autoritate numită*, altă parte - ca *autoritate de numire*. În prima versiune, ar fi fost competent Tribunalul arbitral al CACI CCI, în cea de a doua – CACI CCI ar fi trebuit să numească un tribunal ad-hoc.

Cât privește căile de „profilaxie” contra apariției clauzelor patologice, se cuvine de menționat că multe instituții de arbitraj (atât naționale, cât și internaționale) prevăd clauze de arbitraj standardizate. Diferitele reguli de arbitraj ale instituțiilor permanente de arbitraj sunt frecvent însoțite de clauze model, redactate minuțios și gata de utilizare. Ele pot fi introduse în acordul părților, ca atare, sau cu unele adaptări. Părțile care au ales o anumită instituție pentru a-și administra arbitrajul sunt îndemnate să adopte acele clauze model pentru a evita necesitatea formulării unor asemenea clauze de sine stătător și a riscurilor ca aceste clauze să fie afectate de diverse patologii.

De exemplu, clauza compromisorie standard inserată în Regulile de arbitraj ale Camerei de Comerț Internaționale (Regulile CCI) are următoarea redacție: *orice litigiu decurgând din sau în legătură cu prezentul contract va fi soluționat definitiv în conformitate cu de către unul sau mai mulți arbitri desemnați în conformitate cu Regulile menționate.* De asemenea, se menționează că [...] *părțile au libertatea de a adapta clauza la circumstanțele particulare ale acestora [...]. În cazul adaptării clauzei, părțile trebuie să fie atente să evite orice ambiguitate. Formulările neclare din cuprinsul clauzei vor conduce la incertitudine și întârziere și pot împiedica sau chiar compromite procesul de soluționare a litigiului. De asemenea, părțile ar trebui să țină cont de toți factorii care ar putea afecta caracterul executoriu al clauzei conform dreptului aplicabil, incluzând aici normele imperative de la locul arbitrajului și de la locul estimat al punerii în executare* [14].

Categoriile patologilor și remediile respective

În literatura de specialitate au a fost efectuate diferite studii asupra clasificării patologilor clauzelor arbitrale. Bunăoară, Frédéric Eisemann împarte clauzele arbitrale patologice în două categorii principale: (A) clauzele arbitrale care – chiar dacă nu contrazic direct funcțiile esențiale ale convenției de arbitraj – provoacă dificultăți care trebuie depășite și (B) clauzele arbitrale care nu îndeplinesc una sau mai multe dintre funcțiile esențiale.

Clauzele patologice din grupul A (*les clauses pathologiques au 1er degré*) cuprind convenții de ar-

bitraj care dau naștere la dificultăți în ceea ce privește (a) numirea arbitrilor și (b) procedura și alegerea legii. Această categorie include convențiile de arbitraj care stabilesc cerințe ambigue, inoperante sau incomplete sau, din contra, excesiv de detaliate, pentru numirea arbitrilor sau procedura în general, inclusiv cerințe care complică interacțiunea cu regulile de arbitraj.

Clauzele patologice din grupul B (*les clauses pathologiques au second degré*) este subdivizată în (a) convenții de arbitraj în care numirea arbitrilor necesită un nou acord sau intervenția instanțelor judecătorești; (b) convenții de arbitraj în care sunt stabilite limite „periculoase” pentru competența tribunalului de arbitraj și (c) convenții care au fost atât de prost redactate încât nici măcar nu pot fi desemnate drept convenții de arbitraj – clauze „hiperpatologice”.

Sintetizând diferitele studii efectuate în doctrină asupra clasificării patologiilor ce afectează clauzele arbitrale, la modul general, pot fi evidențiate două categorii principale de patologii: pe de o parte, sunt acelea în care imprecizia se referă la însăși voința de a recurge la arbitraj (patologii ce afectează însuși principiul recurgerii la arbitraj), iar, pe de altă parte, sunt acele patologii în care voința de a recurge la arbitraj este sigură, dar metodele sale de implementare rămân confuze (patologii ce afectează modalitățile recurgerii la arbitraj).

Patologii ce afectează principiul recurgerii la arbitraj

Această categorie include convențiile cele mai „fragile”, prin aceea că pun la îndoială însăși decizia părților de a recurge la arbitraj.

Curtea Supremă Federală a Elveției în cauza *X Holding AG și alții v Y Investments NV* (25 octombrie 2010) a respins o clauză de arbitraj patologică, considerând că ea nu evidențiază intenția părților de a arbitra. Clauza prevedea ca disputele dintre părți să fie soluționate prin arbitraj executoriu de către *American Arbitration Association (AAA) sau la orice alt tribunal american*. Curtea Supremă Federală a Elveției a statuat: *[...] acest lucru poate fi înțeles cu ușurință în sensul că părțile au dorit să supună litigiile fie AAA pentru arbitraj („la arbitraj executoriu AAA”), fie unei alte „instanțe americane” opționale (oricărei alte instanțe americane). Sub „tribunal american” în cadrul formulării alese, o instanță de stat poate fi înțeleasă oricum și doar o descriere precum „tribunal arbitral american” ar fi arătat cu suficientă claritate că instanțele de stat ordinare trebuiau excluse [12].*

Curtea a mai subliniat: *[...] în interpretarea unei clauze de arbitraj, trebuie avut în vedere faptul că alegerea unui tribunal arbitral este de mare importanță deoarece procedurile de arbitraj implică în mod regulat costuri mai mari, iar căile de atac sunt limitate din cauza renunțării la instanțele de stat. O astfel de intenție de renunțare nu poate fi presupusă cu ușurință și, în caz de dubiu, este necesară, în consecință, o interpretare restrictivă.*

În jurisprudența arbitrală și în doctrină, se consideră patologică și clauza care prevede supunerea litigiului arbitrajului într-o manieră facultativă (de ex.: „părțile pot recurge la arbitraj”). Deși foarte problematice, aceste clauze au fost uneori opuse cu succes competenței judecătorului ordinar sesizat de una dintre părți. Ca exemplu, Curtea de Apel din Ontario (Canada) a trimis părțile la arbitraj în temeiul unei clauze de arbitraj care stipulează că „părțile pot trimite orice diferend în arbitraj” [15].

La fel, se atribuie la această categorie așa-numitele *clauze combinate* - acele convenții, în care părțile combină supunerea litigiului arbitrajului și desemnarea unei jurisdicții statale concomitent. Ele pun probleme foarte delicate de interpretare a voinței părților, așa cum arată pozițiile contradictorii ale diferitelor jurisdicții chemate să se pronunțe asupra acestor clauze. Uneori s-a decis că astfel de clauze nu manifestă nicio intenție certă și, prin urmare, ar trebui să fie considerate nule [16]. În alte clauze, în caz de contradicție aparentă între o clauză compromisorie și o clauză ce atribuie competența unei jurisdicții statale, s-a dat prioritate primei față de a doua. Astfel, Tribunalul de înaltă instanță din Paris, prin decizia din 1 februarie 1979 a stabilit că *clauza compromisorie echivocă trebuie să fie interpretată considerând că, dacă părțile n-ar fi vrut să supună diferendele lor arbitrajului, ele s-ar fi limitat să treacă sub tăcere posibilitatea de a recurge la arbitri; [...] incluzând o clauză compromisorie în convenția lor ele manifestau necesitatea să aducă dificultățile născute din contract în fața jurisdicției arbitrale vizate [6, p. 289-290].* Într-o situație similară în care părțile au stipulat, în două articole succesive ale contractului, o clauză compromisorie a Camerei de Comerț Internaționale și competența exclusivă a jurisdicțiilor engleze, atunci când reclamantul s-a adresat cu o cerere în arbitraj, iar părătul a contestat competența tribunalului arbitral, Înalta Curte (*High*

Court) din Londra a salvat clauza compromisorie, hotărând că referința la jurisdicțiile engleze nu se aplică decât incidentelor susceptibile de a afecta desfășurarea arbitrajului [17].

Problematica determinării voinței reale ale părților se învederează și în *clauzele compromisorii prin referință*, i.e. atunci când părțile unui contract comercial internațional nu formalizează în detalii termenii contractului, ci se referă la unele documente preexistente, de exemplu condiții generale sau contracte-tip stabilite de asociații profesionale. Atunci când textul la care se face referință conține o clauză compromisorie, se pune întrebarea de a ști dacă această trimitere este suficientă pentru a lega părțile în termenii convenției de arbitraj. În această privință, în afacerea *Bomar Oil* Curtea de Casație a Franței, prin decizia din 9 noiembrie 1993 a statuat că în materie de arbitraj internațional, clauza compromisorie prin referință scrisă la un document în care aceasta este prevăzută, de ex. condiții generale sau un contract - tip, este valabilă, dacă partea căreia i se opune această clauză, a cunoscut conținutul acestui document la momentul încheierii contractului și dacă ea, fie chiar prin tăcere, a acceptat incorporarea documentului în contract [6, p. 294-295].

Patologii ce afectează modalitățile recurgerii la arbitraj

Convențiile de arbitraj patologice din această categorie exprimă o alegere clară în favoarea arbitrajului, însă în exprimarea alegerii lor, părțile deseori nu sunt explicite asupra caracterului ad-hoc sau instituțional al arbitrajului, asupra modalităților de constituire a tribunalului arbitral, asupra desemnării organului care trebuie să asigure buna desfășurare a procedurii, asupra regulilor de procedură etc. Astfel de clauze pot da naștere dificultăților în timpul implementării arbitrajului, iar soarta lor depinde de interpretarea făcută de instanțe (atât de arbitri, cât și de judecători) în ceea ce privește precizarea adevăratei intenții a părților [16].

În această ordine de idei, în Hotărârea Plenului Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova cu privire la aplicarea de către instanțele de judecată a prevederilor legale la soluționarea unor chestiuni în cadrul examinării litigiilor în care părțile au încheiat convenția de arbitraj, nr. 2 din 30.03.2015, s-a statuat: în cazurile unei convenții de arbitraj, cu anumite inexactități sau omisiuni, dar care confirmă incontestabil voința părților de a soluționa litigiul prin arbitraj, părțile urmează să înlăture aceste deficiențe, concretizându-i conținutul. Dacă în convenție nu este indicată instituția de arbitraj *sau se cere o concretizare a ei, părțile urmează să înlăture aceste inexactități* [18].

Curtea de Apel din Singapore a explicat în celebra clauză *Insignia v Alstom*: ... în cazul în care părțile au demonstrat o intenție clară de a soluționa orice diferend prin arbitraj, instanța ar trebui să dea efect acestei intenții, chiar dacă anumite aspecte ale acordului pot fi ambigue, inconsecvente, incomplete sau lipsite de anumite detalii... atâta timp cât arbitrajul se poate desfășura fără a aduce atingere drepturilor oricăreia dintre părți [19].

Tribunalele arbitrale și instanțele judecătorești se confruntă frecvent cu o varietate de clauze de arbitraj care se referă la un centru de arbitraj care nu este identificat cu suficientă precizie sau chiar inexistent. Într-o clauză examinată în 2022 de un tribunal arbitral al CACI CCI RM, în contractul din care a izvorât litigiul, clauza arbitrală era formulată în felul următor: *orice litigiu, rezultat din prezentul contract sau în legătură cu acesta, trebuie examinat în ordine arbitrală, stabilită pentru asemenea litigii în țara reclamantului. Analizând materialele clauzei, tribunalul arbitral a constatat că, din totalitatea circumstanțelor clauzei, inclusiv comportamentul părților și elementele corespondenței lor, nu poate fi dedusă voința comună, reală și incontestabilă a părților de a supune litigiul în cauză spre soluționare CACI CCI RM. Tribunalul arbitral a relevat că expresia „ordine arbitrală”, folosită în convenția de arbitraj examinată, fără nicio precizare cu privire la tipul de arbitraj pentru care părțile au optat (ad-hoc sau instituționalizat) și fără nici un element care să identifice instituția de arbitraj, în condițiile existenței mai multor instituții permanente în țara reclamantului (Republica Moldova – nota noastră), nu permite de a trage concluzia că părțile au avut în vedere anume arbitrajul în cadrul CACI CCI RM. Respectiva convenție de arbitraj ar fi putut deveni operantă și valabilă numai în urma unui acord ulterior al părților în favoarea CACI CCI RM, acord ce nu s-a realizat. Dimpotrivă, pârâtul a contestat valabilitatea clauzei contractuale în clauză și, în consecință, competența CACI CCI RM de a soluționa litigiul prezent. Prin urmare, deși din conținutul convenției rezultă că părțile au avut intenția să soluționeze litigiile lor pe cale arbitrală, această convenție este inoperantă.*

Curtea de Apel Hamm din Germania a refuzat să mențină o clauză de arbitraj care prevedea că *[părțile] vor proceda la litigii în fața Curții de Arbitraj a Camerei de Comerț Internaționale din Paris cu sediul la*

Zurich. Curtea a considerat că clauza era nulă, deoarece era ambiguă, stipulând că litigiile părților ar trebui să fie arbitrate sub auspiciile Camerei de Comerț Internaționale din Paris sau ale Camerei de Comerț din Zurich, însă fiecare din aceste entități avea propria instituție permanentă de arbitraj [19].

Pe de altă parte, în jurisprudența comparată se atestă deseori o atitudine mai îngăduitoare față de acest gen de clauze patologice. Astfel, de exemplu, Singapore este bine-cunoscut pentru disponibilitatea instanțelor sale de a menține clauzele arbitrale patologice. Într-o clauză - *HKL v Rizq International Holdings* - Înalta Curte din Singapore a menținut o clauză „hibridă” (o clauză cu nepotrivire între regulile aplicabile și instituția de administrare) care prevedea că litigiile vor fi [...] soluționate de *Comitetul de Arbitraj din Singapore în conformitate cu regulile Camerei de Comerț Internaționale* [...]. Înalta Curte a remarcat că, în ciuda faptului că clauza specifică o instituție inexistentă, părților le-ar fi permis să se adreseze oricărei instituții de arbitraj din Singapore care ar putea administra arbitrajul aplicând Regulile CCI. Prin urmare, instanța a suspendat procedura judiciară cu condiția ca părțile să obțină acordul Centrului Internațional de Arbitraj din Singapore sau al oricărei alte instituții de arbitraj din Singapore pentru a desfășura un arbitraj hibrid, aplicând Regulile CCI [19].

Într-o altă jurisdicție - India, în clauza *Pricol Limited v Johnson Controls Enterprise Ltd*, Curtea Supremă a Indiei a menținut o clauză care se referea la „regulile de arbitraj ale Camerei de Comerț din Singapore”, menționând că *cea mai rezonabilă interpretare a clauzei menționate ar fi să înțelegem referirea la „Camera de Comerț din Singapore” ca la „Centrul Internațional de Arbitraj din Singapore”* [19].

Următoarele formulări vagi și imprecise au fost acceptate ca referințe la Curtea Internațională de Arbitraj a Camerei de Comerț Internaționale:

- „Camera de Comerț oficială din Paris, Franța” (*the official Chamber of Commerce in Paris, France*);
- „Comisia de Arbitraj a Camerei de Comerț și Industrie din Paris” (*the Arbitration Commission of the Chamber of Commerce and Industry of Paris*);
- „o comisie de arbitraj a Camerei de Comerț Franceze, Paris” (*a Commission of arbitration of French Chamber of Commerce, Paris*) [20].

Deseori se întâlnesc clauze în care este reglementată într-un mod imprecis sau confuz procedura de numire a arbitrilor. Bunăoară, într-o clauză recentă, examinată la CACI CCI RM, clauza arbitrală în contractul din care a izvorât litigiul, încheiat între trei părți, dintre care două părți erau coreclamanți iar una - pârât, clauza arbitrală era formulată în felul următor: *Tribunalul de arbitraj va fi compus din 3 (trei) arbitri, câte unul numit de fiecare și un supraarbitru, al patrulea, numit de ceilalți trei arbitri. În cazul în care pârâtul nu reușește să numească un arbitru sau arbitrii desemnați nu pot numi arbitrul principal, ultimul va fi desemnat de președintele Curții de Arbitraj.* Din această clauză, destul de ambiguă, ar fi rezultat că litigiul, de fapt, ar fi trebuit să fie examinat de un complet din patru arbitri. Într-o atare ipoteză, ar fi putut să apară problema modului de adoptare a hotărârii arbitrale, în cazul parității de voturi ale arbitrilor. În cererea de arbitraj și în explicațiile ulterioare, coreclamanții au desemnat de comun acord un arbitru (ceea ce este permis de regulamentul de procedură al CACI CCI RM) și au solicitat constituirea tribunalului arbitral din 3 arbitri. La rândul său, pârâtul a desemnat al doilea arbitru, iar cei doi arbitri au numit supraarbitrul. Astfel, situația de incertitudine a fost remediată prin ajustarea clauzei arbitrale de către părțile litigiului.

Concluzii

Multitudinea problemelor cauzate de clauzele arbitrale patologice a scos la iveală dificultățile întocmirii clauzelor arbitrale eficiente și a determinat practica și doctrina să se intereseze mai mult de acestea.

Remediile pentru clauzele vizate depind de categoria și gravitatea patologiei care afectează fiecare clauză în parte, și, de cele mai dese ori, deficiențele acestor clauze sunt înlăturate, pe cât este posibil, prin aplicarea diferitelor metode de interpretare a clauzelor contractuale, care s-au cristalizat în legislațiile naționale, în instrumentele de drept uniform și în jurisprudența comparată.

Soluțiile adoptate variază, dar tendința generală este mai degrabă pentru favorizarea de către jurisdicțiile statale și tribunalele arbitrale a validității clauzelor arbitrale afectate de anumite patologii, dorind să promoveze efectul jurisdicțional al acestor clauze ori de câte ori este posibil. Dar se întâmplă și ca judecătorii să adopte o atitudine inversă, considerând că salvarea cu orice preț a clauzelor patologice nu este poate cea mai bună modalitate de a încuraja părțile să acorde mai multă grijă elaborării lor.

În această dilemă instanțele trebuie să caute un echilibru între favorizarea arbitrajului ca metodă alternativă de soluționare a disputelor și controlul jurisdicțiilor statale asupra validității și eficienței unor clauze defectuoase, pe calea clarificării și respectării voinței reale a părților exprimate în acordul lor privind modul de reglementare a litigiilor care apar între ele.

Cât privește cei care redactează contractele comerciale internaționale, recomandarea este să atragă mai multă atenție elaborării clauzelor arbitrale, folosind diferite instrumente și surse, cum sunt clauzele-model elaborate de instituțiile permanente de arbitraj, doctrina, jurisprudența, ghidurile practice etc. Acest lucru ar evita riscurile ca asemenea clauze patologice să împiedice buna desfășurare a arbitrajului și ar contribui la consolidarea și proliferarea acestei modalități eficiente de soluționare a litigiilor comerciale internaționale. Totuși, în unele situații, nu este recomandabil ca clauzele-model să fie preluate și introduse mecanic în contracte; uneori ele trebuie să fie adaptate la specificul fiecărui contract și la circumstanțele în care derulează raporturile dintre părțile contractante.

Referințe:

1. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration//United Nations Document A/40/17. [Accesat la 06.01.2023] Disponibil: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf
2. Monitorul Oficial al Republicii Moldova nr. 88-89, art. 316, 20.05.2008 [Accesat la 06.01.2023] Disponibil: https://www.legis.md/cautare/getResults?doc_id=110184&lang=ro
3. EISEMANN, F. La clause d'arbitrage pathologique. În: Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1974, p. 129-161.
4. HOLTZ, N., *Beware the Midnight Clause: Hold the Champagne?* [Accesat la 06.01.2023] Disponibil: <https://www.jamsadr.com/publications/2016/beware-the-midnight-clause-hold-the-champagne>
5. BORN, G. B. *International Commercial Arbitration*. 2d ed. Kluwer Law International, 2014, p. 771.
6. FOUCHARD, PH., GAILLARD, E., GOLDMAN, B. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996.
7. FERNANDEZ ROZAS, J. C. *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*, RCADI, tome 290, 2001, p. 118.
8. HKL Group Co. Ltd. v. Rizq Int'l Holding Pte. Ltd., [2013] SGHCR 5 [Accesat la 06.01.2023] Disponibil: https://www.elitigation.sg/gd/s/2013_SGHCR_8
9. SAMRA HAROUT, J., RAMACHANDERAN, R. *A Cure for Every Ill? Remedies for „Pathological” Arbitration Clauses*, 74 U. Miami L. Rev. 1110 (2020) [Accesat la 06.01.2023] Disponibil: <https://repository.law.miami.edu/umlr/vol74/iss4/6>
10. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. [Accesat la 06.01.2023] Disponibil: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>
11. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. [Accesat la 06.01.2023] Disponibil: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>
12. X Holding AG v Y Investments NV, 4A_279/2010 Judgment of October 25, 2010, First Civil Law Court [Accesat la 06.01.2023] Disponibil: <https://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/25%20octobre%202010%204A%20279%202010.pdf>
13. SITARU, D.-A. *Dreptul comerțului internațional. Tratat. Partea Generală*. București: Universul Juridic, 2008, p. 677.
14. [Accesat la 06.01.2023] Disponibil <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/06/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-romanian-version.pdf>
15. Ontario Court of Appeal, 8 juillet 1999, *Canadian National Railway Co c. Lovat Tunnel Equipment Inc.* [Accesat la 06.01.2023] Disponibil <https://jursmundi.com/fr/document/decision/en-lovat-tunnel-equipment-inc-v-canadian-national-railway-company-and-grand-trunk-western-railroad-incorporated-judgment-of-the-ontario-court-of-appeal-thursday-8th-july-1999>
16. DIALLO, O., *Le consentement des parties à l'arbitrage international*. Geneve: Graduate Institute Publications, 2010. [Accesat la 06.01.2023] Disponibil <https://books.openedition.org/iheid/956>

17. Paul Smith Ltd. v. H & S International Holding Co. Inc., [1991] [Accesat la 06.01.2023] Disponibil https://www.trans-lex.org/303000/_/paul-smith-ltd-v-h-s-lrep-127/
18. Buletinul Curții Supreme de Justiție a Republicii Moldova, 2015, nr.6, pag.4.
19. Singapore International Arbitration Blog. *Pathological Arbitration Clauses* [Accesat la 06.01.2023] Disponibil <https://singaporeinternationalarbitration.com/2013/03/08/pathological-arbitration-clauses/>
20. REDFERN, A., HUNTER, M. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4th Edition, Thomson/Sweet & Maxwell, 2004, p. 3-69.

Date despre autor:

Aurel BĂIEȘU, doctor habilitat în drept, profesor universitar, Facultatea de Drept, Universitatea de Stat din Moldova; arbitru la Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a Republicii Moldova.

E-mail: aurel.baiesu@usm.md

ORCID: 0000-0002-0218-446X

Prezentat la 09.01.2023