

## INVOCAREA EXCEPȚIEI DE INCOMPETENȚĂ ÎN CADRUL PROCEDURII ARBITRALE

**Ion BURUIANĂ**, *doctor în drept, IRIM*

### **Rezumat**

*Arbitrabilitatea subiectivă (ratione personae) este considerată în raport cu părțile în cauză, atât în ceea ce privește capacitatea lor de a intra într-un acord de arbitraj, precum și în ceea ce privește calitatea acestora, capacitatea de independent de a apela la arbitraj pentru a rezolva disputele lor; ultima condiție este pentru persoanele juridice de drept public, cărora li se interzice a participa.*

*Arbitrabilitatea obiectivă (ratione materiae) este considerată în raport cu obiectul litigiului, care are un caracter arbitrar, pentru că se referă la drepturile nedisponibile, fie pentru că acestea se referă la aspecte care afectează interesul public și, prin urmare, rezoluția lor este limitată la hotărîrea judecătorilor. Arbitrabilitatea procedurală este în cazul când arbitrabilitatea este contestată în fața tribunalului arbitral, în care se aplică așa-numitul principiu al dublei competențe (Kompetenz - Kompetenz), în care instanța este competentă să decidă cu privire la propria lor competență și acordul de arbitraj.*

**Cuvinte-cheie:** *incompetență, proceduri arbitrale, convenție de arbitraj, litigiu, ordinea publică internațională*

## RAISING THE INCOMPETENCE IN ARBITRAL PROCEEDING

### **Abstract**

*To answer the plea of incompetence of stakeholders need to refer to the rule of law applicable to this case and proceed to interpret them in relation to the elements of the case. But the importance and complexity of the dispute, and na-*



ture of the arbitral tribunal seized compels us to examine all the facts and law, justice solution that can compete on the appearance of competence, uses and so arbitration decision will be fully intervene thorough and legal.

*Subjective arbitrability (ratione personae) is considered in relation to those parts in question both in terms of their ability to enter into an arbitration agreement, and in terms of their quality, independent capacity to appeal to arbitration to resolve their disputes; the latter condition the public legal persons, who are prohibited to participate in arbitration.*

*Objective arbitrability (ratione materiae) is considered in relation to the object of the dispute, which has a non arbitrary nature, because it relates to rights unavailable, either because they concern matters affecting the public interest and therefore their resolution is limited to judges rule. Procedurally arbitrability is the case when arbitrability is contested before the arbitral tribunal, that shall apply the principle of so-called dual jurisdiction (Kompetenz - Kompetenz), under which the court is competent to decide on their own jurisdiction and the arbitration agreement.*

**Keywords:** incompetence, arbitral proceedings, arbitration agreement, dispute international public order.

**Introducere.** Pentru a răspunde la excepția de incompetență, ridicată de partea interesată, trebuie să ne referim la norma de drept aplicabilă în speță și să procedăm la interpretarea ei, în raport cu elementele speței. Dar importanța și complexitatea litigiului, precum caracterul instanței de arbitraj sesizate, ne obligă la o analiză a tuturor elementelor de fapt și de drept, care pot concura la justetea soluției pe aspectul competenței, astfel încât sentința arbitrală, ce va interveni, să fie pe deplin temeinică și legală. Excepția ridicată de părătă, indiferent de modul cum este redactată, privește incontestabil, caracterul arbitral - adică arbitrabilitatea - litigiului în speță. A determina arbitrabilitatea unui litigiu înseamnă a stabili dacă soluționarea lui pe cale de arbitraj este legalmente admisibilă și, prin urmare, a stabili dacă respectiva clauză de arbitraj (clauza compromisorie) este valabilă [1, p.27].

În acest scop trebuie să se țină seama de mai multe elemente, precum:

- cine poate să încheie o convenție de arbitraj?
- care litigiu nu poate fi supus arbitrajului, datorită obiectului său?

Arbitrabilitatea considerată sub aspect procedural (ca, de exemplu, la ce moment al procedurii poate fi invocată nearbitrabilitatea și pe ce cale?, cum și când poate fi ea considerată? În fine, impactul pe care ordinea publică internă sau internațională îl poate avea asupra arbitrabilității.

*Arbitrabilitatea subiectivă (ratione personae).* Această arbitrabilitate se consideră în raport cu persoanele, părți în litigiu atât în ceea ce privește capacitatea lor de a încheia o convenție de arbitraj, cât și în ceea ce privește

calitatea lor, independent de capacitatea de a se adresa arbitrajului pentru soluționarea contenciosului lor; această din urmă condiție privește persoanele juridice de drept public, cărora li se interzice să participe la arbitraj. În privința capacității de a încheia o convenție de arbitraj, Legea cu privire la arbitraj dispune: poate face obiectul unei convenții arbitrale orice drept patrimonial, facultatea de a face o tranzacție cuprinde pe aceea de a încheia o convenție arbitrală cu privire la drepturile nepatrimoniale (art.3).

Dispoziția privește atât persoanele fizice, cât și persoanele juridice, dar legea nu le distinge. Pentru persoanele juridice se pune problema de a se ști dacă - fiind vorba de stat și alte persoane juridice de drept public - acestea pot să apeleze la arbitraj pentru soluționarea litigiilor lor cu orice alte subiecte de drept ori numai cu unele dintre acestea. Arbitrabilitatea subiectivă a litigiilor în care sunt părți, statul ori alte persoane juridice de drept public, este considerată ca o normă materială a dreptului arbitrajului internațional[2, p. 47], sau, în orice caz, ca un principiu făcând parte din ordinea publică internațională, având ca efect să refuze aplicarea unei dispoziții legale, care ar interzice statului și celorlalte persoane juridice de drept public, facultatea de a încheia o convenție de arbitraj. Această soluție este consacrată în convenții internaționale. Convenția europeană asupra arbitrajului comercial internațional de la Geneva din 21 aprilie 1961 prevede: „Persoanele juridice calificate, prin legea care le este aplicabilă, drept persoane juridice de drept public, au facultatea de a încheia în mod valabil convenții de arbitraj (art.2 alin.1). Convenția de la Washington din 13 martie 1865 pentru reglementarea diferendelor referitoare la investiții, între state și resortisanții altor state prevede ca litigiile dintre un stat și resortisanții altui stat (persoane fizice sau juridice de drept privat) să fie soluționate pe cale de arbitraj ... (art.1 alin.2)”.

În actul final de la Helsinki al Conferinței asupra securității și cooperării în Europa se spune: „Considerând că reglementarea rapidă și echitabilă ce ar putea să rezulte din tranzacțiile comerciale în materie de schimburi de bunuri și de servicii, și din contractele de cooperare industrială ar contribui la expansiunea, și la promovarea comerțului, și al cooperării”, și că arbitrajul este un mijloc indicat pentru a tranșa asemenea litigii, astfel încât se recomandă organismelor, întreprinderilor și firmelor țărilor de a include de va fi cazul, clauzele de arbitraj în contractele comerciale și în contractele de cooperare industrială sau în convenții speciale” [ediție oficială, p.255].

*Arbitrabilitatea obiectivă (ratione materiae).* Această arbitrabilitate este considerată în raport de obiectul litigiului care datorită naturii sale este



nearbitrabil, fiindcă poartă asupra unor drepturi indisponibile, fie pentru că acestea se referă la materii care afectează interesul public și de aceea soluționarea lor este rezervată judecătorilor statului (cum ar fi litigii relative la statutul personal și familial, dreptul penal, fie că se referă la drepturi ocrotite de lege în considerația situației uneia dintre părți (cum ar fi: drepturile alimentare, cele ale salariaților, ale locatarilor etc.).

Așadar, nu există nici o îndoială când este vorba de operații comerciale, între societăți comerciale, care ambele fac operații comerciale, ale căror mărfuri sunt destinate exportului și, prin urmare, sunt operații care, prin natura lor nu pot și nu sunt excluse de la arbitraj. Pentru a califica operația economică, formînd obiectul litigiului în raport cu “ordinea publică internațională”, care intră în funcțiune în arbitrarea unui litigiu cu elemente de extraneitate, vom interoga doctrina cea mai autorizată în materie, pe plan internațional. Or, potrivit acesteia, singurul element definitoriu al operației, care implică intervenția ordinii publice internaționale este numai caracterul comercial al operației și efectele acesteia în mai multe state [3, p.573].

*Arbitrabilitatea pe plan procedural.* Când arbitrabilitatea este contestată înaintea tribunalului arbitral se aplică principiul așa-numit al dublei competențe (Kompetenz - Kompetenz), în temeiul căruia tribunalul este competent să statueze asupra propriei sale competențe și asupra convenției de arbitraj. În această situație Legea cu privire la arbitraj prevede că arbitrul are dreptul să hotărască asupra competenței sale de a decide asupra litigiului și, în legătură cu aceasta, asupra validității convenției de arbitraj (art.27). Constatarea nulității contractului nu implică deplin drept nulitatea convenției de arbitraj, inserate în contract. Decizia prin care arbitrajul se declară competent nu poate fi atacată în instanța de judecată decît concomitent cu hotărîrea finală asupra fondului litigiului.

Dreptul arbitrului de a statua asupra propriei sale competențe rezultă din însuși caracterul autonom al clauzei compromisorii – clauză de arbitraj - față de contractul în care se află inserată. De aceea arbitrul, a cărui competență este contestată are, în virtutea acestei clauze, dreptul de a statua și asupra competenței sale și asupra validității ori existenței convenției de arbitraj. El nu trebuie să se desesizeze de litigiu, dacă constată “prima facie” existența unei asemenea convenții[4, p.137].

*Arbitrabilitatea și ordinea publică.* Ar părea, la prima vedere, că arbitrabilitatea (caracterul arbitrabil al litigiului), prin faptul că determină competența în privința litigiului, ar face parte din conceptul general de ordine

publică. În realitate însă situația este diferită; în documentele internaționale privitoare la arbitrajul comercial internațional (convenția adoptată la 10 iunie 1958, la Conferința Organizațiilor Națiunilor Unite asupra arbitrajului comercial internațional) se face distincție între arbitrabilitate și ordine publică. Astfel, în art.5 al acestei convenții internaționale, alin.2, la pct.a se vorbește despre nearbitrabilitatea obiectivă - obiectul litigiului nefiind susceptibil de a fi soluționat pe cale de arbitraj - iar la pct.b se vorbește despre “ordinea publică”. Dacă aceste două situații ar fi fost prezentate în ordine inversă, atunci arbitrabilitatea ar fi putut fi interpretată ca o aplicațiune *exempli gratia* a conceptului de ordine publică. (Dacă, bineînțeles, nu ar fi trebuit să fie luate în considerare alte elemente, care să fi dus la aceeași concluzie, adică la distincția dintre arbitrabilitate și ordine publică).

Astfel, este constatat în jurisprudență și în doctrină că “ordinea publică internațională” - adică aceea referitoare la raporturi juridice cu elemente de extraneitate - este diferită de ordinea publică internă”, în sensul că ordinea publică internațională conține mai puține interdicții decât cea internă, cât privește relațiile contractuale încheiate în comerțul cu elemente de extraneitate; prin urmare, dacă, de exemplu, ordinea publică internă interzice statului și persoanelor juridice de drept public să se adreseze arbitrajului, pentru soluționarea litigiilor de drept privat, ordinea publică internațională nu acceptă această interdicție și permite acestor subiecte de drept să se adreseze arbitrajului pentru soluționarea contenciosului lor din domeniul relațiilor comerciale internaționale[5, p.184].

**Concluzii.** Procedându-se astfel, se dă expresie unei reguli de interpretare, potrivit căreia, în materie comercială dacă există o îndoială cu privire la interpretarea unui element al operațiilor comerciale, interpretarea se face în favorem commercii (in favorem negotii). O atare atitudine răspunde, de altfel, și regulii mai generale, potrivit căreia, în caz de îndoială cu privire la interpretarea unei clauze contractuale se aplică regula - *potius -ut valeat quam ut pereat* - în sensul că o clauză contractuală se interpretează mai degrabă în sensul de a avea efecte juridice.

Bineînțeles, acest raționament urmează să fie utilizat, în cazul în care ar exista un text de lege care, în numele ordinii publice, ar interzice o anumită operațiune cum ar fi dreptul statului și al persoanelor juridice (morale, în limbajul convențiilor internaționale) de drept public de a recurge la arbitraj.

Atunci când raporturile juridice au elemente de extraneitate obiective sau subiective ori interesează comerțul internațional, ordinea publică internă,



devenind ordine publică internațională, nu interzice arbitrajul ca mod de soluționare al litigiilor, ci dimpotrivă, recomandă arbitrajul, chiar și când în aceste raporturi participă persoane juridice de drept public, așa cum, de altfel, prevede și convenția de la Geneva, citată mai sus.

### **Referințe bibliografice**

1. Viorel Roș, . Arbitrajul comercial internațional. București, 2000.
2. Tudor. R. Popescu, Corneliu Bîrsan. Dreptul comerțului internațional vol.IV. Arbitrajul comerțului internațional. - București, 1983.
3. Jean Robert L 'arbitrage civil et commercial - Dalloz, 1993. nr. 176.
4. Gary B. Born. International commercial arbitration. Wolters Kluwer. Law and Bussiness. Volume I, 2009.
5. Philippe Fouchard, Berthlo Goldman, Emanuel Gaillard. L'arbitrage commercial international. - Paris, 2009.

ionburuian@yahoo.com