

CONSIDERATII PE MARGINEA ARBITRAJULUI INTERNATIONAL SI INVESTITIILOR INTERNATIONALE

**Asist.univ. dr Mihai Floroiu
Lect. univ.dr Marcel Stanciulescu**

Depuis longtemps, les échanges commerciaux transnationaux ont suscité beaucoup de débats, étant donné le caractère transfrontalier de ces opérations, ainsi que la difficulté de pouvoir soumettre de la même façon un litige à plusieurs juridictions compétentes, mais en même temps concurrentes. Ainsi, l'institution de l'arbitrage international, dont les origines remontent à bien longtemps, vient résoudre ce délicat problème pouvant se poser en cas de litige commercial transnational, étant de plus en plus importante dans l'actuel contexte de la globalisation, de même que dans celui des investissements internationaux.

1. Aspecte introductive. Desi a fost o perioada lasata uitarii¹, cu toate ca isi trage seva inca din Antichitate, in ultima vreme, metoda arbitrajului ca si mijloc de solutionare pe cale pasnica a diferendelor, suscita din ce in ce mai mult interes, in contextul dezvoltarii relatiilor transnationale, fiind considerat un mijloc eficace de solutionare a unor litigii, la indemana acelor subiecte de drept care doresc sa evite rigiditatea excesiva a unor norme juridice, precum si un formalism judiciar exacerbata, in special in domeniul relatiilor internationale economice. Astfel, in cadrul acestor relatii comerciale transnationale, arbitrajul a devenit un mijloc predilect de solutionare a litigiilor, lucru confirmat de includerea din ce in ce mai frecventa in contractele comerciale internationale a unor clauze compromisorii pentru solutionarea unor potentiale conflicte ce pot aparea intre parti, in detrimentul compromisurilor de arbitraj, care apar doar in momentul in care un litigiu s-a nascut deja intre parti.

Acest lucru a permis, totodata, modificari destul de importante in plan tehnic si juridic, arbitrajul dobandind un caracter institutional² si mecanisme specifice, in raport cu caracterul sporadic initial pe care aceasta institutie il avea. Ne vom opri atentia, in cele ce urmeaza, asupra unor aspecte legate de conceptul si evolutia institutiei arbitrajului international (I) si de protectia investitiilor internationale (II).

2. Arbitrajul international : concept si evolutie. Arbitrajul este considerat un mijloc de solutionare pe cale pasnica a unui diferend, de catre un

¹ René David, *Arbitrage et Droit Comparé*

² Recent, au aparut diverse instrumente legislative nationale si internationale care definesc bazele recurgerii la institutia arbitrala, stabilesc criteriile de constituire a instantelor arbitrale, fie nationale fie internationale, toate acestea sub egida mai multor conventii internationale elaborate in cadrul Organizatiei Natiunilor Unite – vezi Fiorella D'Angeli, *L'Arbitrato Convenzionale ed Imposto, Facoltativo ed Inverso*, p. 1 si urm.

organism tert, in baza unei proceduri care rezulta din acordul partilor in litigiu, ca alternativa la solutionarea pe cale judecatoreasca clasica. Aceasta institutie se caracterizeaza prin doua aspecte esentiale, care tin de partile la litigiu : partile la litigiu, fie el real sau potential, actual sau viitor, decid de comun acord cine solutioneaza acel litigiu; partile la litigiu sunt de asemenea cele care confera corpului arbitral puterile in limita carora se va pronunta in solutionarea litigiului in cauza. Rezulta de aici trasatura definitorie a acestui concept de solutionare a litigiilor, fundamental diferit de institutia judiciara, in sensul in care recursul la aceasta din urma nu depinde de nici un consens al partilor la litigiu si nu face obiectul unei acceptari anterioare de catre parti. Arbitrajul este astfel considerat drept un mod care are ca scop examinarea unui litigiu intre parti, de catre entitati private, a caror decizie este luata in conformitate cu normele de drept sau cu echitatea si este obligatorie numai pentru partile in litigiu.

Pentru a intelege aceasta notiune, este necesara diferentierea fata de alte mijloace de solutionare a litigiilor, care, desi pot fi incadrate in definitia generica data mai sus, nu se aseamana insa cu arbitrajul asa cum este el conceptualizat³: **expertiza** : se aseamana cu arbitrajul doar in ceea ce priveste faptul ca este efectuata tot de terti, care trebuie sa se pronunte asupra unor aspecte ale unui litigiu, fara a se pronunta insa asupra litigiului in ansamblu. Prin expertiza se intelege aducerea de clarificari si lamuriri in vederea solutionarii unui litigiu de catre un arbitru sau o instanta judecatoreasca; **tranzactia** : desi poate fi considerata ca mijloc de solutionare a unui litigiu printr-un simplu acord al partilor, aceasta notiune se diferentiaza fundamental de arbitraj prin faptul ca nu are un caracter jurisdictional, relevand de simpla vointa a partilor; **concilierea** : desi implica prezenta tertelor parti in solutionarea unui litigiu, se diferentiaza de arbitraj datorita lipsei oricaror formalitati si prin faptul ca solutia nu este obligatorie pentru partile in litigiu.

3. Arbitrajul liber si arbitrajul formal. Acester doua concepte se diferentiaza prin faptul ca cel din urma reprezinta, in fapt, recurgerea la o instanta arbitrala bine determinata si incadrata de norme juridice pre-definite, avand un adevadat caracter de instanta de judecata, care detine o structura proprie si a carei decizii au un caracter foarte apropiat de cele ale sentintelor judecatoresti. Cu toate acestea, cele doua concepte isi trag in egala masura seva din viata economica si comerciala, avand astfel acelasi izvor – libertatea contractuala a partilor, diferentiindu-se prin caracterul lipsit de formalism al arbitrajului liber, care se aseamana mai mult cu o negociere, in raport cu cel formal care, dupa cum am vazut, are caracteristici mai apropiate de cele ale unei sentinte. Un alt aspect demn de luat in considerare este faptul ca numai sentintele arbitrale formale pot face obiectul unei proceduri executorii.

4. Instantele judecatoresti si arbitrajul. Instanta judecatoreasca este considerata cel mai importat oponent al institutiei arbitrajului ca si mod de

³ Paolo Bernardini, *Il Diritto dell'Arbitrato*, p 17 si urm.

solutionare a litigiilor, avand atat avantaje, cat si numeroase dezavantaje, care decurg unele din celelalte. Astfel, desi jurisdicia statala consta in exercitarea unei puteri publice ca manifestare a suveranitatii de Stat, aceasta modalitate de solutionare a litigiilor pierde teren in favoarea arbitrajului, in plan comercial, datorita lipsei de incredere a agentilor economici in instantele judecatoresti si a timpului lung de solutionare a unor litigii, factor nociv pentru insai viata unei afaceri. O alta ratiune este legata de specificitatile activitatilor comerciale, in special a celor internationale, care implica o analiza si o solutionare dinamica a litigiilor, bazata nu numai pe rezolvarea diferendelor ci si pe luarea in considerare a factorilor meniti sa le permita partilor in litigiu, odata acesta solutionat, sa continue relatiile comerciale intre ele.

Din aceste ratiuni este importanta analiza evolutiei institutiei arbitrajului international, care s-a dezvoltat tocmai pentru a putea solutiona dificultatile generate de diferitele codificari care au caracterizat secolul XIX, scopul fundamental fiind de a deveni o disciplina unica, reguloare a relatiilor comerciale internationale. Astfel, in cateva cuvinte, se cuvine a se aminti faptul ca arbitrajul international comercial s-a nascut in Evul Mediu, in Europa, ca un adevarat Drept Comercial International – *lex mercatoria*, fiind un drept universal, format in mod spontan de la practicile si cutumele comerciale, in functie de interesele comerciantilor de la acea vreme. Cu toate acestea, odata cu aparitia si intarirea Statului, aceste norme au fost transpuse in sistemele nationale de drept care se formau in fiecare entitate statala la acea vreme, lucru care a contribuit la declinul institutiei arbitrajului international comercial si, implicit, la prejudicierea intereselor comerciantilor de la acea vreme. In acest context, arbitrajul international a iesit din conul de umbra in care fusese aruncat abia la finele secolului XVIII⁴.

5. Avantajele recurgerii la arbitraj in raport cu instantele de judecata.

Desi partile nu dispun nici in cazul arbitrajului de o libertate absoluta⁵, acesta prezinta o serie de avantaje in raport cu justitia traditionala statala: rapiditate si costuri mai reduse; utilizarea unor arbitrii specializati exact in domeniul litigiului; discretie sporita; independenta in raport cu eventuale decizii anterioare; neobligativitatea de a respecta anumite curente doctrinare si jurisprudentiale; posibilitate de solutionare atat in baza dreptului cat si a altor izvoare, precum echitatea sau cutuma internationala.

6. Evolutia arbitrajului international. Se pot considera doua mari faze in evolutia acestei institutii, dupa cum urmeaza.

De la dreptul roman la epoca napoleoniana. Primele izvoare ale arbitrajului sunt de origine romana si se refera la *compromissum*, format din doua elemente juridice distincte : *pactum* sau *conventio*, adica un acord in baza caruia

⁴ Tratatul de la Jay intre SUA si Marea Britanie, din 1794

⁵ Limitare prin intermediul normelor de ordine publica nationala si internationala, necesitatea de respectare a principiului celeritatii si a principiului dezbaterilor in contradictoriu – *vezi* Correia dos Santos, Arbitragem Voluntária, p. 37

partile incredintau solutionarea unui litigiu unui *arbiter*, stipuland conditiile si limitele in care acesta isi desfasura activitatea si *stipulationes poenoe*, prin care partile isi promiteau reciproc sa se indemnizeze in cazul in care arbitrul decidea astfel. De-a lungul Evului Mediu, data fiind intensificarea schimburilor comerciale, in special internationale, s-a facut simtita necesitatea unui corp de reguli de conduita a afacerilor internationale, dand astfel nastere a ceea ce numim in prezent *lex mercatoria*. Cu toate acestea, pana in secolul XVIII, in Europa, arbitrajul nu era decat foarte rar permis in afara restransului domeniu comercial international, Revolutia Franceza largind sfera de aplicare a acestei institutii, arbitrajul obligatoriu castigand teren in detrimentul celui voluntar.

De la epoca napoleoniana pana in prezent. Din acest moment, caracterizat prin centralizarea puterii de Stat si a constituirii de legislatii nationale proprii, Statele impuneau propria lor autoritate nationala litigiilor comerciale, afirmand superioritatea administrarii publice a justitiei asupra oricarei forme de tutela a intereselor din partea particularilor, ceea ce a condus la declinul acestei institutii. Declin care a luat sfarsit, in epoca moderna, in perioada Societatii Natiunilor, cand tendinta centralizatoare de administrare a justitiei a inceput sa piarda din putere⁶.

7. Investitii private internationale. Conceptul de investitie privata internationala. Se intelege prin investitie internationala orice actiune menita sa constituie sau sa contribuie la dobandirea unui bun, a unui patrimoniu. Prin investitie se inteleg mereu doua aspecte: furnizare de capital; afectare a unui capital.

Operatia prin care are loc investitia implica astfel un ansamblu de actiuni prin care un investitor afecteaza, in mod juridic si permanent, anumite bunuri sau capitaluri pentru desfasurarea unei activitati economice. Insa, asa cum se naste o investitie, ea poate sa si dispara, prin intermediul unei proceduri de lichidare a patrimoniului, in vederea transferarii acestuia in alta locatie sau atribuirii unei alte destinatii.

Aspectul international al investitiilor este dat de traversarea uneia sau mai multor frontiere de Stat a bunurilor sau capitalurilor afectate. Cu toate acestea, calificarea internationala a unei investitii nu este simplu de realizat, criteriul nationalitatii agentului nefiind suficient, un alt criteriu fundamental in acest domeniu, in special in ceea ce priveste persoanele juridice, fiind cel al controlului acestora⁷, pentru a se determina caracterul privat al unei investitii.

Exista, astfel, doua criterii prin care se poate caracteriza o investitie privata:

- *natura capitalurilor* : transferul acestora trebuie sa poata fi susceptibil de individualizare si evaluare in ceea ce priveste realizarea investitiilor. Sunt excluse din aceasta categorie, in consecinta, aporturile in industrie, singurele aporturi acceptate fiind cele pecuniare si in natura.

⁶ Protocolul si Conventia de la Geneva din 1923 si 1927

⁷ Dominique Carreau, *Droit International Economique*, p.366

Consideratii pe marginea arbitrajului international si investitiilor internationale

- *originea capitalurilor* : in general, se considera a fi private acele investitii facute de persoane fizice sau de persoane juridice de drept privat, sau cand scopul investitiei este de a obtine profit.

8. Protectia investitiilor internationale. Ne vom referi in cele ce urmeaza doar la instrumentele conventionale de protectie, bilaterale sau multilaterale, al caror scop este reglementarea pe plan international a comportamentului Statelor importatoare de capital si manifestarea vointei politice a acestuia pentru a garanta o protectie adecvata a investitiilor straine pe teritoriul sau. Aceste conventii obliga Statele (nu persoanele private din cadrul acestora) la anumite comportamente, stabilind anumite obligatii de a nu face, de a se abtine de la anumite comportamente si actiuni care ar putea prejudicia investitiile, in special actiuni precum expropriari sau nationalizari ale investitiilor private straine.

Pe langa conventiile bilaterale in acest domeniu, exista si o serie de conventii multilaterale⁸, al caror scop este de a stabili un mod universal de relationare intre Statele importatoare de capitaluri si investitorii privati. Cele doua concepte analizate succint in randurile de mai sus sunt intrinsec legate, in sensul in care arbitrajul international, ca si mijloc de solutionare panica a diferendelor, contribuie, prin intermediul dispozitiilor continute in diverse conventii si chiar legislatii internationale, la rezolvarea potentiala si rapida a unor litigii ce pot aparea din derularea investitiilor internationale, in contextul intereselor multinationale multiple care apar in cazul acestor investitii.

⁸Conventia de la Washington pentru solutionarea litigiilor in domeniul investitiilor internationale, 18.03.1965, semnata sub egida Bancii Mondiale, care se aplica tuturor investitiilor internationale finantate de catre aceasta.