

DESPRE COMPETENȚA ARBITRILOR DE A DISPUNE MĂSURI PROVIZORII ÎN PROCEDURA ARBITRAJULUI COMERCIAL INTERNAȚIONAL

Roxana Maria ROBA*

ABSTRACT: *The scope of provisional measures is to protect the rights of the parties which may be prejudiced during the arbitral procedure. The risk that important evidence may be lost or that the goods subjected to litigation may be alienated, which would make the execution difficult is particularly high, especially concerning international commercial arbitration. The aim of the study hereby is to analyze how the arbitrators' competence to order interim measures is reflected in the main arbitration institutions and the internal legislations, as well as the limitations thereof.*

KEYWORDS: *provisional measures; international commercial arbitration; arbitrators; competence*

JEL CLASSIFICATION: *K 49*

Deși arbitrajul se caracterizează prin rapiditate și flexibilitate comparativ cu soluționarea litigiilor de către instanțele naționale, timpul scurs pentru soluționarea litigiului poate cauza uneia dintre părți prejudicii uneori ireparabile și chiar afecta în cele din urmă eficiența hotărârii pronunțate.

Pentru evitarea unor asemenea situații părțile au posibilitatea de a solicita luarea unor măsuri provizorii¹.

Scopul acestora este de a conserva o anumită situație legală sau de fapt pentru a proteja drepturile a căror recunoaștere formează obiectul litigiului arbitral².

Măsurile provizorii se regăsesc în practica arbitrajului comercial internațional sub o diversitate de forme, pe care doctrina le-a clasificat în câteva categorii³.

* Assistant, PhD. candidate, „Petru Maior“ University of Tîrgu-Mureș, Faculty of Economics, Law and Administrative Sciences, ROMANIA.

¹ Sub aspect terminologic, măsurile provizorii se regăsesc în cuprinsul legislațiilor naționale și al regulamentelor instituțiilor de arbitraj și sub denumirea de măsuri conservatorii, de protecție sau interimare, termeni care sunt utilizați alternativ. A se vedea, Emmanuel Gaillard, John Savage, „Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration”, Ed. Kluwer Law International, Haga, 1999, p. 709.

² A se vedea Gary B. Born, „International Commercial Arbitration”, Ed. Kluwer Law International, Olanda, 2009, p. 1944.

³ Ibidem, op. cit, p. 1995.

O primă categorie cuprinde măsurile destinate să mențină status quo sau să evite producerea unui prejudiciu ireparabil⁴. Acestea au scopul de a preveni schimbări de fapt care ar putea compromite eventuala executare a hotărârii arbitrale, fiind necesare pentru a proteja obiectul litigiului, respectiv pentru a reglementa relațiile dintre părți până la rezolvarea conflictului⁵.

Spre exemplu, o parte dorește să obțină autorizarea de a vinde imediat bunuri perisabile⁶ sau să prevină utilizarea drepturilor de proprietate intelectuală care formează obiectul litigiului, până la pronunțarea unei hotărâri cu privire la fondul cauzei⁷.

O altă categorie de măsuri provizorii sunt cele prin care se urmărește asigurarea dovezilor. Regulile Uncitral din 2010 prevăd în mod expres în art. 26, alin. 2, lit. d) competența tribunalului arbitral de a dispune măsuri prin care să fie conservate probele care ar putea fi relevante pentru soluționarea litigiului.

De asemenea, legislația franceză permite părții interesate să solicite luarea unor măsuri prin care, dacă există motive întemeiate, să se asigure conservarea dovezilor care ar putea să influențeze soluția procesului⁸.

O categorie aparte de măsuri provizorii sunt așa numitele măsuri „a référé”, care se regăsesc reglementate în legislația franceză și cea olandeză⁹.

Prin intermediul acestora, un creditor poate să obțină obligarea imediată a debitorului său la plata, sub forma unui avans, a unei părți din suma care formează obiectul litigiului¹⁰. Hotărârea judecătorească „des référés” este însă provizorie, cauza urmând a fi judecată de către un tribunal arbitral sau de o instanță națională. De asemenea, cererea va fi admisă doar în situația în care creanța nu este în mod serios contestată.

Instanțele de judecată din Franța au admis cereri prin care s-au dispus măsuri „a référé”, chiar dacă exista o convenție de arbitraj, însă cu respectarea a două condiții: tribunalul arbitral să nu fi fost încă constituit și să fie justificată urgența unei astfel de măsuri¹¹. Cu privire la această din urmă condiție ea este impusă de necesitatea respectării jurisdicției instanței arbitrale, astfel încât, în lipsa urgenței, partea interesată va trebui să aștepte formarea tribunalului arbitral pentru a-i adresa o astfel de cerere¹².

Măsuri provizorii având același scop se regăsesc și în legislația engleză. Legea engleză asupra arbitrajului din 1996 prevede în Secțiunea 39, intitulată „Puterea de a dispune măsuri provizorii”, că părțile pot conveni ca tribunalul arbitral să dispună în mod provizoriu orice remediu care va fi cuprins în decizia finală, precum obligarea uneia dintre părți la plata unei sume de bani. Hotărârea finală urmează să confirme sau să infirme respectiva măsură.

⁴ A se vedea Andrew Tweeddale, Kerem Tweeddale „Arbitration of commercial disputes. International and English Law and Practice”, Oxford University Press, 2007, p.299. Legea model Uncitral prevede în art. 17, alin. 2, lit. a) că tribunalul arbitral poate dispune măsuri provizorii prin care să mențină sau să restabilească status quo până la soluționarea litigiului.

⁵ A se vedea Gary B. Born, op. cit., p. 1997.

⁶ A se vedea Emmanuel Gaillard, John Savage, op. cit., p. 721.

⁷ A se vedea Gary B. Born, op. cit., p. 1995.

⁸ A se vedea art. 145 din Noul Cod de procedură francez.

⁹ A se vedea Emmanuel Gaillard, John Savage, op. cit., p. 728.

¹⁰ A se vedea Andrew Tweeddale, Kerem Tweeddale, op. cit., p. 303.

¹¹ A se vedea Emmanuel Gaillard, John Savage, op. cit., p. 732.

¹² A se vedea Emmanuel Gaillard, John Savage, op. cit., p. 732.

Doctrina engleză¹³ a sugerată însă că tribunalele ar trebui să fie precaute în utilizarea acestei puteri acordate de către părți pentru a nu cauza acestora o înjustețe pe termen lung. Spre exemplu, poate fi luată o măsură provizorie pentru plata unei sume de bani care este adusă la îndeplinire de către partea în sarcina căreia a fost dispusă. În hotărârea finală se poate dispune obligarea părții respective la plata unei sume de bani mai reduse, însă restituirea nu se poate face pentru că între timp partea care a încasat-o a devenit insolubilă.

Deși inițial măsurile provizorii erau de competența exclusivă a instanțelor naționale, în prezent se recunoaște că atât judecătorii statali cât și arbitrii au o asemenea putere, existând însă diferențe sub aspectul momentului și al modalității în care pot fi dispuse.

Majoritatea convențiilor internaționale în domeniul arbitrajului nu conțin prevederi exprese referitoare la măsurile provizorii.

O excepție este constituită de Convenția europeană de arbitraj comercial internațional de la Geneva din 1961¹⁴ care în art. IV, alin. 4, dispune că o cerere de măsuri provizorii sau conservatorii adresată unei autorități judiciare nu trebuie să fie considerată ca incompatibilă cu convenția de arbitraj și nici ca o supunere a litigiului, în ceea ce privește fondul său, instanței judecătorești.

Prin urmare, dispozițiile convenției prevăd în mod expres că cererea de măsuri provizorii poate fi înaintată instanței de judecată fără a aduce în vreun fel atingere convenției de arbitraj însă, în același timp, nu se face nici o precizare cu privire la eventuala competență a tribunalului arbitral de a lua asemenea măsuri.

Convenția pentru reglementarea diferendelor relative la investiții între state și persoane ale altor state încheiată la Washington în 18 martie 1965¹⁵ conține în art. 47 o prevedere potrivit căreia, sub rezerva unui acord contrar al părților, tribunalul arbitral poate, dacă apreciază că împrejurările o cer, să recomande orice măsuri conservatorii în scopul salvării drepturilor părților.

În aplicarea acestui articol, jurisprudența Centrului internațional pentru reglementarea diferendelor cu privire la investiții a statuat însă că, deși Convenția utilizează verbul “a recomanda”, în fapt tribunalul este împuternicit să dispună măsuri provizorii care sunt obligatorii pentru părți¹⁶.

Legislațiile naționale reflectă în principal următoarele tendințe principale: unele state acordă o putere mai largă arbitrilor de a dispune măsuri provizorii, altele enunță categoriile de măsuri ce pot fi dispuse, în timp ce o categorie mai restrânsă interzice arbitrilor să dispună astfel de măsuri.

Legea model Uncitral în art. 17 prevede că, în lipsa unei convenții contrare a părților, tribunalul arbitral poate, la cererea uneia dintre părți, să dispună luarea de măsuri provizorii.

În cursul arbitrajului măsurile asigurătorii și vremelnice precum și constatarea anumitor împrejurări de fapt pot fi încuviințate de către tribunalul arbitral, iar în caz de împotrivire executarea acestor măsuri se dispune de către instanța judecătorească, prevede art. 358⁹ din Codul român de procedură civilă. În lipsa oricărei precizări, aceste dispoziții

¹³ A se vedea Bruce Harris, Rowan Planterose, Jonathan Tecks, „The Arbitration Act 1996. A commentary”, Ed. Blackwell Publishing, Oxford, 2007, p. 193.

¹⁴ Ratificată de România prin Decretul nr. 281/1963 publicat în Buletinul Oficial nr. 12 din 25/06/1963.

¹⁵ Ratificată prin Decretul nr. 62/1975 publicat în Buletinul Oficial nr. 56 din 07/06/1975.

¹⁶ A se vedea *Occidental Petroleum Corp v. Republic of Ecuador* ICSID Case nr. ARB/06/11 din 17 august 2007, *Tokios Tokelés v. Ukraine* ICSID Case nr. ARB/02/18 din 1 iulie 2003, disponibile pe [www. http://icsid.worldbank.org](http://icsid.worldbank.org)

au fost interpretate în sensul că vor putea fi solicitate oricare dintre măsurile asigurătorii prevăzute de Codul de procedură civilă, respectiv sechestrul asigurător, poprirea asigurătorie și sechestrul judiciar, iar în ceea ce privește măsurile vremelnice că vor trebui îndeplinite condițiile de admisibilitate prevăzute de dispozițiile care reglementează ordonanța președințială¹⁷.

Dispoziții asemănătoare acestora regăsim și în art. 183 din Legea elvețiană asupra dreptului internațional privat din 1987 intitulat “măsuri provizorii și de protecție”. Potrivit acestui text legal, dacă părțile nu au prevăzut altfel, tribunalul arbitral poate dispune măsuri provizorii sau de protecție. În situația în care acestea nu sunt aduse la îndeplinire de bună voie, tribunalul arbitral poate solicita asistență din partea unui judecător care va aplica propria sa lege. Această intervenție a instanței nu poate fi în nici un caz confundată cu competența instanței de a dispune ea însăși măsuri provizorii¹⁸.

Puterea arbitrilor de a dispune măsuri provizorii este recunoscută în termeni similari și în Suedia¹⁹, Japonia²⁰, India²¹, Noua Zeelandă²² și Grecia²³.

Legea engleză asupra arbitrajului din 1996 prevede că tribunalul arbitral are competența, în lipsa unei convenții contrare a părților, să dispună măsuri pentru păstrarea, inspecția, custodia, deținerea sau prelevarea de probe asupra proprietății ce reprezintă obiectul litigiului²⁴. În privința altor tipuri de măsuri asigurătorii, arbitrii vor avea puterea să le dispună numai dacă părțile au convenit în acest sens, se precizează în Seciunea 39, alin. 1 din Legea engleză asupra arbitrajului. S-a apreciat că prin această ultimă prevedere, Legea engleză se dovedește limitată în a răspunde așteptărilor părților care sunt implicate în arbitraj²⁵.

Deși legislația franceză nu conține nici o prevedere referitoare la competența arbitrilor de a lua măsuri provizorii, doctrina recunoaște existența acesteia²⁶.

Nici Legea federală cu privire la arbitraj din Statele Unite ale Americii nu conține vreo prevedere explicită în acest sens. Jurisprudența americană a apreciat însă că arbitrii au o competență implicită de a dispune măsuri provizorii, dacă nu li s-a interzis aceasta prin convenția de arbitraj, iar doctrina că există o prezumție în ceea ce privește existența acestei competențe²⁷.

Există și legislații care nu permit arbitrilor să dispună măsuri provizorii. Astfel, Codul de procedură civilă italian prevede în art. 818 că arbitrii nu pot dispune măsuri provizorii sau de protecție, prevederi care au rămas neschimbate în urma reformei generale a arbitrajului ce a avut loc în Italia în 2006²⁸.

¹⁷ A se vedea Gabriel Homotescu “Litigii patrimoniale. Soluționarea lor pe calea arbitrajului”, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 81-82.

¹⁸ A se vedea Jean-François Poudret, Sébastien Besson, “Comparative law of international arbitration”, Ed. Sweet & Maxwell Limited, Londra, 2007, p. 543.

¹⁹ Secțiunea 25, alin. 4 din Legea suedeză privind arbitrajul.

²⁰ Art. 24, alin. 1 din Legea japoneză asupra arbitrajului.

²¹ Art. 17 din Legea indiană asupra arbitrajului și concilierii.

²² Art. 17 din Legea asupra arbitrajului din Noua Zeelandă.

²³ Art. 17, alin. 1 din Legea asupra arbitrajului comercial internațional din Grecia.

²⁴ Seciunea 38, alin. 4 din Legea engleză asupra arbitrajului.

²⁵ A se vedea Gary B. Born, op. cit., p. 1957.

²⁶ A se vedea Jacques Béguin, Michel Menjucq, „Droit du commerce international”, Ed. Litec, Paris, 2005, p. 1034.

²⁷ A se vedea Gary B. Born, op. cit., p. 1956.

²⁸ A se vedea Giorgio Meo, „Noutățile ultimei reforme italiene din materia arbitrajului” în Revista Română de Arbitraj nr. 3 din 2008, p. 47.

Dispoziții similare se regăsesc și în legislația Argentinei²⁹.

Regulile instituțiilor de arbitraj conțin în general reglementări care îndreptățesc arbitrii să dispună măsuri provizorii.

În cursul arbitrajului măsurile asigurătorii și vremelnice ca și constatarea anumitor împrejurări de fapt sunt încuviințate de tribunalul arbitral prin încheiere, se prevede în art. 50, alin. 1 din Regulile Curții Internaționale de Arbitraj de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României. În caz de împotrivire, măsurile dispuse se execută în aceleași condiții ca și hotărârea instanței judecătorești.

Regulile Curții Internaționale de Arbitraj de la Paris prevăd în art. 23 că părțile se pot adresa fie tribunalului arbitral, de îndată ce acesta a primit dosarul litigiului, fie instanțelor naționale, pentru a solicita luarea unor măsuri conservatorii sau provizorii.

În interpretarea acestui text, în doctrină s-a arătat că posibilitatea părților de a se adresa tribunalului arbitral nu depinde de plata în întregime a taxelor arbitrale și de nici o altă formalitate, ceea ce este de natură a împiedica partea interesată să îngreuneze sau să întârzie în vreun fel luarea acestor măsuri, fiind asigurată astfel eficiența lor³⁰.

Dacă cererea este adresată autorității judiciare după declanșarea litigiului, părțile au obligația de a încunoștiința despre aceasta Secretariatul Curții care va anunța fără întârziere tribunalul arbitral³¹.

Regulile nu conțin nici o enumerare limitativă sau enunțiativă a situațiilor ce le-ar putea justifica, însă prevăd necesitatea ca petiționarul să furnizeze garanții corespunzătoare în vederea soluționării cererii.

În cuprinsul art. 25 Regulile Curții Internaționale de Arbitraj de la Londra prevăd posibilitatea ca tribunalul arbitral să dispună anumite măsuri provizorii și de conservare, precum: păstrarea, depozitarea, vânzarea sau orice altă dispoziție referitoare la o proprietate sau bun, sub controlul unei părți și în legătură cu obiectul litigiului.

Puterea arbitrilor de a dispune măsuri provizorii este limitată din mai multe puncte de vedere.

Sub un prim aspect, arbitrii nu vor putea dispune măsuri provizorii decât față de părțile între care a fost încheiată convenția de arbitraj, iar nu și față de un terț. Această chestiune nu se reflectă în mod explicit în prevederile tuturor legislațiilor³², însă decurge în mod evident din natura contractuală a arbitrajului.

În al doilea rând, tribunalul arbitral nu are competența de a pune în executare măsurile provizorii, pentru aceasta fiind necesar ca părțile să se adreseze instanțelor naționale³³.

Nu în ultimul rând, tribunalul arbitral poate dispune măsuri provizorii numai după constituirea sa, ceea ce poate să aibă desigur o importanță practică deosebită întrucât, de cele mai multe ori, părțile urmăresc să obțină astfel de măsuri chiar la începutul arbitrajului.

²⁹ A se vedea Margaret L. Moses „The Principles and Practice of International Commercial Arbitration”, Cambridge University Press, New York, 2008, p. 102

³⁰ A se vedea Erik Schäfer, Herman Verbist, Christophe Imhoos “ICC arbitration in practice”, Ed. Kluwer Law International, Haga, 2005, p. 115

³¹ Art. 23, alin. 2 din Regulile Curții Internaționale de Arbitraj de la Paris.

³² Legea model UNCITRAL în art. 17 și Codul judiciar al Belgiei în art. 696, alin. 1 autorizează tribunalul arbitral să ia măsuri provizorii numai față de părțile litigiului.

³³ A se vedea în acest sens art. 17H, alin. 1 din Legea model Uncitral.

Pentru înlăturarea acestui neajuns unele instituțiile de arbitraj au adoptat reglementări prin care să permită părților să obțină luarea unor măsuri urgente înainte de constituirea tribunalului arbitral.

Astfel sunt Regulile pentru procedura prearbitrală ale Curții Internaționale de Arbitraj de la Paris în vigoare din 1 ianuarie 1990.

Scopul regulilor este de a permite părților să se poată adresa, înainte de constituirea tribunalului arbitral, unei persoane, denumite arbitru („Referee”), împuternicite să dispună cu privire la orice problemă urgentă.

Pe această cale părțile pot obține, spre exemplu, măsuri conservatorii sau măsuri pentru restabilirea unei situații și care sunt urgente în scopul de a preveni producerea unui prejudiciu imediat sau a unei pierderi ireparabile³⁴.

Dispoziția astfel pronunțată este una provizorie, până la finalizarea litigiului printr-o hotărâre sau prin înțelegerea părților³⁵. Cu privire la natura actului prin care sunt dispuse aceste măsuri, jurisprudența franceză a statuat că nu poate fi vorba despre o hotărâre arbitrală, ci de o dispoziție cu caracter contractual, care nu poate în consecință să formeze obiectul unei acțiuni în anulare³⁶. De altfel, art. 6.3. din Regulile prearbitrale prevăd că prin dispunerea măsurilor provizorii nu se prejudică fondul cauzei, iar acestea vor produce efecte până când autoritatea competentă va lua o altă decizie.

Principalul inconvenient al acestor reguli este faptul că părțile trebuie să încheie o convenție scrisă în care să fie prevăzut dreptul lor de a recurge la această procedură specială. Însă de cele mai multe ori părțile nu anticipează necesitatea unor asemenea măsuri la momentul semnării contractului și a convenției de arbitraj³⁷.

Cu toate acestea, deși la început utilizarea acestor reguli a fost redusă, după anul 2001, numărul cazurilor soluționate în procedura prearbitrală a crescut³⁸.

Competența simultană a tribunalului arbitral și a instanțelor statale de a dispune măsuri provizorii constituie o excepție de la principiul neintervenției instanțelor naționale în procedura de arbitraj.

Însă întrucât aceasta nu este o chestiune de ordine publică, părțile sunt îndreptățite să o înlătore, stabilind că măsurile provizorii sunt în competența exclusivă a arbitrilor³⁹.

Excluderea posibilității părților de a se adresa jurisdicțiilor statale pentru a obține măsuri vremelnice poate rezulta din cuprinsul convenției de arbitraj sau implicit.

Astfel, se poate aprecia că părțile renunță la posibilitatea de a se adresa instanțelor naționale atunci când convin ca arbitrajul lor să se desfășoare potrivit Regulilor de Arbitraj ale Centrului internațional pentru reglementarea diferendelor cu privire la investiții. Potrivit art. 39, alin. 6 din aceste Regulile, părțile se pot adresa oricărei autorități judiciare cu solicitarea de a se dispune obținerea de măsuri provizorii, însă numai dacă au prevăzut aceasta în scris prin convenția lor.

³⁴ Art. 2.1, lit. a) din Regulile de procedură prearbitrală ale Curții Internaționale de Arbitraj de la Paris.

³⁵ Această prevedere este conținută în introducerea la Regulile pentru procedura prearbitrală ale Curții Internaționale de Arbitraj de la Paris

³⁶ A se vedea Erik Schäfer, Herman Verbist, Christophe Imhoos, op. cit., p. 73

³⁷ A se vedea Gary B. Born, op. cit., p. 1971.

³⁸ A se vedea Erik Schäfer, Herman Verbist, Christophe Imhoos, op. cit., p. 187.

³⁹ A se vedea Emmanuel Gaillard, John Savage, op. cit., p. 718.

O excludere implicită a competenței instanțelor de judecată de a lua măsuri provizorii rezultă și atunci când părțile utilizează procedura prearbitrală a Curții Internaționale de Arbitraj de la Paris, la care ne-am referit mai sus.

În situația în care părțile apelează la instanțele de judecată înainte de formarea tribunalului arbitral pentru ca acesta să dispună luarea de măsuri provizorii, s-a pus întrebarea dacă arbitrii sunt ținuți de acestea sau le pot modifica sau revoca⁴⁰. Răspunsul nu poate fi decât afirmativ, tribunalul arbitral având competența deplină să soluționeze atât fondul litigiului cât și să mențină sau nu măsurile vremelnice dispuse de instanțele naționale.

Competența arbitrilor de a dispune măsuri provizorii este recunoscută de majoritatea legislațiilor naționale și regulilor instituțiilor de arbitraj, ceea ce nu poate constitui decât o confirmare a faptului că arbitrajul reprezintă, într-adevăr, un mecanism eficient de soluționare a litigiilor comerciale internaționale.

Însă, la momentul actual, posibilitatea părților de a se adresa și instanțelor statale se impune a fi păstrată, existând situații în care în care aceasta este singura variantă pentru ca părțile să obțină în mod efectiv protejarea drepturilor lor, competența arbitrilor în acest sens fiind totuși limitată.

⁴⁰ A se vedea Arnaldo Wald „Arbitration in Brazil: Case Law Perspective” în Revista Română de Arbitraj nr. 4 din 2010, p. 39.