

CÂTEVA REFLECȚII CU PRIVIRE LA COMPETENȚA TRIBUNALULUI ARBITRAL DE A STATUA ASUPRA PROPRIEI SALE COMPETENȚE

Author: Sergiu GOLUB*

***Abstract:** One of the most important principle from international arbitration, the principle that admits the competence of the arbitrators to statute their own competence („Kompetenz – Kompetenz”) was overshadowed for a long time by another principle, equally important but better shaped, the principle of the arbitration convention autonomy, being considered as a corollary of the latter one.*

***Keywords:** Arbitration, Convention, Competence, Court, International Arbitration.*

***JEL Classification:** K22*

1. Unul dintre cele mai importante principii din domeniul arbitrajului internațional - principiul care recunoaște arbitrilor competența de a statua asupra propriei sale competențe („Kompetenz – Kompetenz”)¹ a fost mult timp eclipsat de către un alt principiu, la fel de important, dar mai bine conturat, principiul autonomiei convenției de arbitraj, fiind considerat un corolar al acestui din urmă. Delimitările necesare au fost efectuate, fiind demonstrată independența lor conceptuală, cu toată interferența lor funcțională. Dar acest principiu nu este numai foarte important, ci și foarte delicat, probleme născându-se chiar în legătură cu denumirea sa din limbajul juridic internațional – „Kompetenz – Kompetenz”. În continuare vom trata despre aceste divergențe terminologice.

2. Formula “Kompetenz - Kompetenz” de origine germană importată în prezent și de alte legislații, devenind de circulație internațională exprimă: „... dreptul (competența) arbitrilor de a statua asupra propriei lor competențe. Acest drept (competență) decurge ca un efect complementar din convenția de arbitraj”².

* Ph.D. Candidate, Assistant, “Babeș Bolyai” University of Cluj-Napoca, Faculty of Law, Romania.

¹ Cu privire la critica acestei sintagme, a se vedea infra 2.

² Mircea N. Costin, *Drept comercial internațional. Ghid alfabetic*, Editura “Dacia”, Cluj-Napoca, 1987, p. 359.

Cu toate că această expresie s-a înrădăcinat în limbajul juridic al mai multor sisteme de drept³, unii autori consideră această expresie nu tocmai fericită pentru a desemna acest principiu, dată fiind diferența de concepte pe care ea le exprimă în dreptul intern german și în dreptul comerțului internațional în general⁴. În terminologia germană termenul “Kompetenz - Kompetenz” presupune puterea arbitrilor de a judeca, dacă sunt competenți sau nu, fără control judiciar. Bineînțeles, această putere exorbitantă le este refuzată arbitrilor atât în dreptul intern german, în alte sisteme de drept și în arbitrajul internațional. Această interdicție o regăsim într-o seamă de convenții, regulamente și în norme de drept intern⁵. Autorii francezi citați ne semnalează faptul, că și în doctrina elvețiană „care întotdeauna a fost sensibilă la nuanțe de drept comparat” s-a semnalat recent caracterul impropriu al formulei “Kompetenz - Kompetenz”. Aceiași autori ne dau și rețeta soluționării problemei semnalate: abandonarea expresiei “Kompetenz - Kompetenz” generatoare de confuzii și adoptarea unei expresii mai apropiate de originea acestui principiu “Competence - Competence”⁶, utilizată în mod curent de literatura juridică de limbă engleză⁷. Credem că această soluție este ușor de propus și mai dificil de realizat. Pentru a căpăta vocație internațională, noua expresie trebuie să detroneze o sintagmă deja bine clădită, cu aderențe puternice în terminologia juridică a multor sisteme de drept și acceptată cvasi-unanim în domeniul arbitrajului internațional. Reușita acestui demers depinde în mare măsură de receptivitatea dreptului comerțului internațional față de asemenea inovații, oarecum, revoluționare. Cu toate că este un domeniu dinamic și flexibil, credem că uzanțele nu sunt chiar așa de simplu de răsturnat. Chiar dacă au la bază incoerențe din cele amintite de autorii citați. Mai mult, credem că s-ar putea pune în discuție sacrificarea conceptului din dreptul intern german pentru păstrarea semnificației lui internaționale, deoarece formula “Kompetenz - Kompetenz” a devenit prin uz un concept autonom pentru restul legislațiilor lumii, detașat de sensul său inițial din dreptul german. Menținerea acestui concept pe plan internațional nu va fi un tribut logicii formale ci prevalarea considerațiilor pragmatice.

³ În sistemul de drept român, sintagma “Kompetenz - Kompetenz” a căpătat aderențe puternice, fiind folosită de majoritatea autorilor din domeniu: T. R. Popescu, *Soluționarea litigiilor patrimoniale cu elemente de extraneitate*, București, 1980, p. 59; O. Căpățână, B. Ștefănescu, *Tratat de drept al comerțului internațional*, vol. I, partea generală, Editura Academiei, București, 1985, p. 231; O. Căpățână, *Litigiul arbitral de comerț exterior*, Editura Academiei, București, 1978, p. 118; M. N. Costin, *op.cit.*, p. 359; M. N. Costin, S. Deleanu, *Dreptul comerțului internațional*, vol. I, p. 183; în literatura franceză a se vedea referitor la această problemă Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op.cit.*, pct. 651; Ioan Macovei, *Instituții în dreptul comerțului internațional*, “Junimea”, Iași, 1987, p. 368, nota 60, nr. 12, p. 22.

⁴ A se vedea Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op.cit.*, pct. 651 și doctrina citată de acești autori.

⁵ A se vedea spre exemplu: UNCITRAL MODEL LAW OF INTERNATIONAL COMERCIAL ARBITRATION, Chapter 4, Article 16(3) și Explicatory note by the UNCITRAL secretariat on the MODEL LAW OF INTERNATIONAL COMERCIAL ARBITRATION, 16(3) *The arbitral tribunal's competence to rule on ou its own jurisdiction, i. e., on very fondation of its mandate and power is, of course, subject for court control*. Regulile de arbitraj internațional ale asociației americane de arbitraj (AAA) Articolul 15 (3); Art. 41 (2). Convenției pentru reglementarea diferențelor relative la investiții între state și persoane ale altor state, Washington, 1965, Art. V(3). Convenția europeană de arbitraj comercial internațional, (Geneva 1961); V. Pătulea, *Activitatea de arbitraj în dreptul german*, Dreptul 9-12/ 1990.

⁶ Pentru dreptul intern și unii autori români utilizează varianta autohtonă a principiului: „competența competenței”. I. Deleanu, S. Deleanu, *Arbitrajul intern și internațional*, Editura „Rosetti”, București, 2005, p. 185.

⁷ A se vedea Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op.cit.*, pct. 651.

Aceste nuanțări terminologice fiind făcute, vom examina în continuare modul în care principiul a fost afirmat, care este fundamentul său și semnificația sa.

3. Principiul „Kompetenz - Kompetenz” este astăzi recunoscut de către principalele convenții internaționale și de majoritatea legislațiilor moderne precum și de majoritatea reglementărilor cu privire la arbitraj.

A. Convenția Europeană de Arbitraj Comercial Internațional Geneva 1961⁸.

Art. V (3) Sub rezerva controlului judiciar ulterior prevăzut prin legea forului, arbitrul a cărei competență este contestată nu trebuie să se desesizeze de proces; el are dreptul de a hotărî asupra propriei sale competențe și asupra existenței sau valabilității convenției de arbitraj sau a contractului din care această convenție face parte.

B. Convenția pentru reglementarea diferendelor relative la investiții între state și persoane ale altor state Washington 1965.

„Art. 41 (1) Tribunalul decide asupra competenței sale.

(2) Orice cerere de declinare a competenței formulate de către una din părți și întemeiată pe motivul că diferendul nu este de competența centrului său, din oricare motiv, de aceea a tribunalului, trebuie să fie examinată de tribunal, care decide dacă aceasta trebuie să fie tratată ca o chestiune prealabilă sau dacă examinarea sa trebuie să fie legată de aceea a chestiunilor de fond”.

C. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

“Art. 16 (1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause”.

D. International Arbitration Rules of the American Arbitration Association.

“Art. 15 (1) The tribunal shall have the power to rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement”.

E. London Court of International Arbitration Rules.

Art. 14.1. LCIA Rules este identic cu Art. 16 (1) Model Law UNCITRAL.

F. ICC Rules.

“Art. 8.3.⁹ Should of the parties rise one or more pleas concerning the existence or validity of the agreement to arbitrate and should International Court of Arbitration be satisfied of the prima facie existence of such an agreement the Court may without prejudice to the admissibility or merits of the pleas of plea, decide that the arbitration shall proceed, In such a case any decision as to the arbitration’s jurisdiction shall be taken by the arbitrator himself.

4. Unless otherwise provided, the arbitrator shall not cease to have jurisdiction by reason of any claim that the contract is null and void or allegation that is inexistent provided that he upholds the validity of the agreement to arbitrate. He shall continue to

⁸ A se vedea în acest sens și Joel Rideau, *L'arbitrage international (public et commercial)*, Librairie Armand Colin, 1969.

⁹ Acest articol a fost aplicat în sentința C. C. I. Paris dosar nr. 1507/1970 în Repertoriul de practică arbitrală și judiciară străină, p. 36.

have jurisdiction, even though the contract itself may be inexistent or null and void, to determine the respective rights of the parties and adjudicate upon their claims and pleas”.

G. Curtea de arbitraj Comercial internațional de pe lângă camera de comerț și industrie a României.

Reguli de procedură aplicabile în arbitrajul pentru soluționarea litigiilor de comerț internațional.

„Art. 5 (1). Curtea de Arbitraj își verifică propria sa competență de a soluționa un litigiu și hotărăște în această privință”.

H. Art. 343¹⁰ alin. 2 C.pr.civ.¹¹

„Tribunalul își revendică propria sa competență de a soluționa un litigiu și hotărăște în această privință printr-o încheiere care se poate desființa numai prin acțiunea în anulare introdusă împotriva hotărârii arbitrale conform art. 364”.

I. În dreptul francez principiul este consacrat în materie de arbitraj intern prin art. 1466 din noul cod de procedură civilă „dacă, în fața tribunalului arbitral, una din părți contestă puterea jurisdicțională a acestuia, competența de a statua asupra acestei chestiuni revine însuși tribunalului arbitral”¹².

Am constatat că principalele regulamente ale curților de arbitraj afirmă și ele principiul “Kompetenz - Kompetenz”. Acest fapt nu este decât o manifestare suplimentară a recunoașterii de care se bucură, dar din punct de vedere strict tehnico-juridic, nu ajută la nimic.¹³ O reglementare, care nu prezintă nici o valoare decât prin voința părților, nu poate, în fapt, să confere arbitrilor mai multe drepturi decât ordinea juridică competentă le permite.

4. Am ajuns să discutăm problema fundamentului principiului.

În doctrina română s-a arătat la un moment dat că: „spre deosebire de judecător, arbitrul își trage puterea din convenția de arbitraj; or a se pronunța asupra competenței sale, înseamnă a se pronunța asupra validității unui act din care își trage puterea de a statua și deci ar comite o petițiune de principiu. Acest argument de logică formală s-a lovit însă de exigențele practicii care pledează pentru o procedură simplă și rapidă, ceea ce nu s-ar putea întâmpla dacă arbitrul nu ar putea să se pronunțe asupra propriei sale competențe...”¹⁴. Fiind confruntat cu argumentul cercului vicios, autorul citat consideră, că această inadvertență logică amintită mai sus, poate fi învinsă de argumente de utilitate practică. Deci, ar rezulta că clauza compromisorie însăși (amendată de rațiunile pragmatice amintite) ar fi fundamentul principiului discutat.

Doctrina franceză ne oferă o soluționare a problemei mai simplă și mai elegantă. Convenția de arbitraj nu constituie fundamentul principiului “Kompetenz - Kompetenz”¹⁵. Norma care permite să se pronunțe nu este convenția arbitrală ea însăși, nici principiul pacta sunt servanda care justifică caracterul său obligatoriu, ci dreptul

¹⁰ Pentru o analiză a acestui articol precum și a altor texte incidente în problema pe care o discutăm, a se vedea I. Deleanu, S. Deleanu, *Arbitrajul intern și internațional*, Editura „Rosetti”, București, 2005, p. 185-195.

¹¹ A se vedea G. Boroș, D. Rădescu, *Cod de procedură civilă. Comentat și adnotat*; V. M. Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, vol. II; Ion Băcanu, *Noua reglementare a arbitrajului în Codul de procedură civilă român*, Dreptul 1/1994, p. 21.

¹² A se vedea Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op.cit.*, pct. 655.

¹³ A se vedea Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op.cit.*, pct. 656.

¹⁴ A se vedea T. R. Popescu, *op.cit.*, p. 101.

¹⁵ A se vedea Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op.cit.*, pct. 656.

arbitrajului din statul unde se află sediul arbitrajului și, mai general, ansamblul statelor susceptibile să recunoască sentința pronunțată de arbitrii asupra propriei lor competențe. Deci fundamentul principiului constă în faptul că majoritatea legislațiilor moderne¹⁶, convențiilor internaționale în materie, secundate de regulamentele principalelor curți de arbitraj¹⁷ le recunosc arbitrilor asemenea prerogative.

5. Regula „Kompetenz - Kompetenz”, la fel ca și convenția de arbitraj produce două efecte. Un efect pozitiv și un efect negativ.

Efectul pozitiv constă în posibilitatea arbitrilor de a statua cu privire la propria lor competență. Acest efect se desprinde din majoritatea convențiilor și regulamentelor menționate cu privire la arbitraj. Efectul negativ constă în faptul de a permite arbitrilor să statueze nu doar asupra competenței lor, ci și asupra altor aspecte. Acest principiu impune jurisdicțiilor statale, care ar putea fi sesizate în legătură cu neînțelegerile legate de constituirea tribunalului arbitral sau în legătură cu controlul sentințelor arbitrale, să nu se pronunțe asupra fondului problemelor care necesită competența arbitrilor, înainte ca ceștia să se pronunțe asupra competenței lor¹⁸. În acest sens principiul “Kompetenz - Kompetenz” este o regulă cu prioritate în sens cronologic, nu ierarhic. Appreciate sub aceste două aspecte, principiul se definește ca fiind regula conform căreia arbitrilor trebuie să li se dea ocazia să se pronunțe și să se pronunțe primii asupra problemelor cu privire la competența lor, sub controlul judiciar ulterior din partea jurisdicțiilor statale.

Chiar dacă am privi lucrurile din punctul de vedere al părților, este de asemenea firesc ca aceleași persoane cărora ele le-au acordat încrederea de a rezolva întreaga gamă a eventualelor contestații și probleme posibile, pe care le-ar putea genera raporturile juridice stabilite între părți prin convenția principală, să aibă și posibilitatea de a statua cu privire la o problemă prealabilă, cu privire la validitatea convenției arbitrale.

Privind problema din punct de vedere practic „ni se pare potrivit ca rezolvarea litigiului să nu fie prea mult lungită prin adoptarea unei proceduri, în conformitate cu care instanța arbitrală ar trebui să-și suspende activitatea, să trimită dosarul la instanțele ordinare, să intre într-o procedură care în mod obișnuit durează mai mult – procedura de drept comun – adică să se întâmple tocmai ceea ce părțile au dorit să evite prin alegerea jurisdicției arbitrale.”¹⁹

Mai mult, lipsa competenței arbitrului de a statua asupra propriei sale competențe ar constitui o primă de încurajare pentru partenerii de rea-credință, cărora li s-ar oferi posibilitatea invocării unor acțiuni dilatorii pentru a tergiversa sau evita arbitrajul, care li s-ar părea defavorabil²⁰.

¹⁶ *Ibidem*, a se vedea în acest sens și o hotărâre a C. C. I. Paris, în “Tribuna Economică”, nr. 9-10/1998, partea III, speța 230; Este o regulă în general admisă că, în lipsa unei dispoziții legale în sens contrar arbitrii statuează asupra propriei lor competențe. C. C. I. Paris, dosar nr. 1526/1966 în Repertoriul de practică arbitrală și judiciară străină, p. 34.

¹⁷ Totuși soluția nu este unanim acceptată, o serie de legislații refuzând organelor arbitrale puteri atât de întinse, pentru exemplul a se vedea Ph. Fouchard, *L'arbitraj commercial international*, Paris, 1965, p. 171-219, apud O. Căpățână, *op.cit.*, p. 7 nota. 4.

¹⁸ A se vedea Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op.cit.*, pct. 660.

¹⁹ A se vedea Ion Nestor, *Probleme privind arbitrajul pentru comerț exterior în țările socialiste europene*, Editura Academiei, 1962, p. 122; a se vedea și modul cum au fost rezolvate problemele de competență în spețele încheiate în nota nr. 3, p. 122.

²⁰ A se vedea T. R. Popescu, *op.cit.*, p. 102; Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on the MODEL LAW on INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, pct. 4. Jurisdiction of arbitral tribunal, Competence to rule on own jurisdiction nr. 25.

Astfel, partea interesată în tergiversarea procedurii arbitrale va invoca excepția de necompetență a tribunalului arbitral, în fața instanțelor judecătorești. Celeritatea procedurii arbitrale va fi compromisă. Cauza va intra într-o procedură de drept comun în fața instanțelor judecătorești (procedură mai lentă decât cea arbitrală), soluționarea ei fiind amânată și de faptul că hotărârea judecătorească este supusă mai multor căi de atac. În final, chiar dacă se constată că tribunalul arbitral este competent, urmând a i se transmite cauza spre soluționare, partea interesată câștigă o perioadă destul de mare de timp, prin invocarea acestor excepții dilatorii, lucru incompatibil cu finalitatea arbitrajului.

Problema se amplifică, dacă ținem seama, că excepția de necompetență s-ar putea ridica în fața instanțelor din mai multe țări, fapt susceptibil să genereze riscul unei contrarietăți între deciziile respective²¹.

6. Permițând arbitrilor să se pronunțe ei înșiși asupra propriei lor competențe, sub control ulterior din partea jurisdicției statale și interzicându-se acestor din urmă să intervină înaintea pronunțării sentinței, se evită confuziile, fără a sacrifica prea mult interesele părții, care poate să se prevaleze de plin drept de nulitate sau de inexistența convenției de arbitraj, pentru că această nulitate sau inexistența sa va putea fi verificată la momentul potrivit de jurisdicțiile statale cu ocazia acțiunilor în anulare sau exequatorului²².

²¹ Pentru o dezvoltare în acest sens a se vedea T. R. Popescu, *op.cit.*, p. 101 și nota nr. 1.

²² A se vedea Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op.cit.*, pct. 660.