

**REVISTA ROMÂNĂ DE
DREPT AL AFACERILOR**

ROMANIAN BUSINESS LAW REVIEW

1/2017

Revista Română de Drept al Afacerilor este o revistă indexată în baze de date internaționale (EBSCO, ProQuest).

Romanian Business Law Review is indexed in international databases (EBSCO, ProQuest).



	<p>Revista Română de Drept al Afacerilor</p> <p>Romanian Business Law Review</p>
	<p><i>Director General</i> Wolters Kluwer România: Dan STOICA</p> <p><i>Coordonator reviste:</i> Alina CRĂCIUN <i>Coordonator RRDA:</i> Răzvan BELCIUGANU</p> <p>Wolters Kluwer Bdul. Tudor Vladimirescu nr. 22, Green Gate, et. 6 Sector 5, București 050881</p>

WoltersKluwer.ro

Revista Română de Drept al Afacerilor este o publicație Wolters Kluwer România, parte a grupului internațional Wolters Kluwer. Editura Wolters Kluwer este recunoscută de Consiliul Național al Cercetării Științifice din Învățământul Superior.

Copyright © 2016 – Toate drepturile rezervate Editurii Wolters Kluwer România. Nicio parte din această publicație nu poate fi reprodusă, arhivată sau transmisă sub nicio formă prin niciun mijloc electronic, mecanic, de fotografiere, de înregistrare sau oricare altul fără permisiunea anterioară în scris a editorului, cu excepția cazului în care se citează pasaje în lucrări științifice și celelalte excepții permise de Legea nr. 8/1996, privind dreptul de autor și drepturile conexe, la articolele 33, 34, 35.

COLEGIUL DE ONOARE

Prof. univ. dr. Corneliu BÎRSAN
Prof. univ. dr. Radu BUFAN
Prof. univ. dr. Stanciu D. CĂRPENARU
Prof. univ. dr. Mircea N. COSTIN

Acad. prof. dr. Ion DOGARU
Prof. univ. dr. Gheorghe PIPEREA
Prof. univ. dr. Dan Drosu ȘAGUNA
Prof. univ. dr. Ion TURCU

COLEGIUL ȘTIINȚIFIC

DIRECTOR ȘTIINȚIFIC

Avocat, dr. Dumitru DOBREV

MEMBRI

Prof. univ. dr. Lucian BERCEA
Prof. univ. dr. Radu Nicolae CATANĂ
Lector univ. dr. Andrea Annamaria CHIȘ
Conf. univ. dr. Răzvan DINCĂ
Conf. univ. dr. Marius HAROSA
Conf. univ. dr. Florin MOȚIU
Lect. univ. dr. Septimiu Vasile PANAINTE

COLEGIUL DE REDACȚIE

REDACTOR ȘEF

Avocat, dr. Mihaela MOCANU

COORDONATORI SECȚIUNI

Prof. univ. dr. Daniel-Mihail ȘANDRU
Avocat, dr. Mirela BULIGA
Consilier juridic, dr. Dragoș CĂLIN

COLABORATORI PERMANENȚI

Avocat dr. Sebastian BODU, MBA
Avocat Andreea LISIEVICI
Avocat Cornel POPA
Lect. univ. dr. Sergiu GOLUB

Conf. univ. dr. Luminița TULEAȘCĂ

Cuprins

NOUTĂȚI

9 Selecție de noutăți legislative din perioada decembrie 2016 - ianuarie 2017

DREPT SOCIETAR

17 **Sebastian BODU**
Aporturile sociale (partea I)

CONTRACTE SPECIALE

67 **Sergiu GOLUB**
Delimitarea fiduciei de alte contracte sau operațiuni juridice

ARBITRAJ

85 **Florian NIȚU, Catinca TURENICI**
Interfața arbitraj comercial – insolvență. Elemente de ordine publică în practica arbitrală europeană și națională

114 **Bogdan-Florin NAE**
Doctrina grupului de societăți în arbitrajul comercial internațional. Evoluții, controverse și tendințe în dreptul comparat și în dreptul român

DREPTUL ARTEI

145 **Mihaela MOCANU**
Drepturile morale ale artistului. Perspectiva jurisprudențială

SINTEZE DE JURISPRUDENȚĂ

161 **Ștefan MAXIM**
Termene procedurale. Calculul termenelor procedurale „pe zile libere”. Tardivitatea depunerii apelului

171 **MONITORUL FISCAL**

185 **MONITORUL DREPTULUI MEDIULUI**

193 **MONITORUL INSOLVENȚEI**

205 **MONITORUL DREPTULUI MUNCII**

211 **MONITORUL PROTECȚIEI DATELOR CU CARACTER PERSONAL**

219 **MONITORUL DREPTULUI SOCIETAR**

225 **MONITOR - INTERNET, TEHNOLOGIE, DIGITALIZARE**

NEWS

9 Legislative News Selection: December, 2016 - January, 2017

COMPANIES LAW

17 **Sebastian BODU**
Social contributions (part I)

SPECIAL CONTRACTS

67 **Sergiu GOLUB**
The Delimitation of the Trust from other Contracts or Legal Operations

ARBITRATION

85 **Florian NIȚU, Catinca TURENICI**
The Arbitration – Insolvency Contact Zone. Public Policy Sensitive Areas in European and Local Arbitral Practice

114 **Bogdan-Florin NAE**
Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration. Developments, Controversies and Trends in Comparative Law and Romanian Law

ART LAW

145 **Mihaela MOCANU**
Artist's Moral Rights. Jurisprudential Perspective

CASE LAW SYNTHESIS

161 **Ștefan MAXIM**
Procedurals Timelimits. Calculation of the Procedural Timelimits on „Clear Days”. Lateness in Submitting the Appeal.

171 **TAX LAW MONITOR**

185 **ENVIRONMENTAL MONITOR**

193 **INSOLVENCY MONITOR**

205 **LABOUR LAW MONITOR**

211 **DATA PRIVACY MONITOR**

219 **COMPANIES LAW MONITOR**

225 **MONITOR - INTERNET, TECHNOLOGY, DIGITALIZATION**

Interfața arbitraj comercial – insolvență

Elemente de ordine publică în practica arbitrală europeană și națională

Florian NIȚU

avocat, partener SCA Popovici Nițu Stoica & Asociații (PNSA)

Catinca TURENICI

avocat, SCA Popovici Nițu Stoica & Asociații (PNSA)

ABSTRACT

This article provides an outline of the commercial arbitration – insolvency contact zone, with a special view on public policy sensitive areas which define the interaction between the two processes. On the one hand, the analysis focuses on European Union regulations, the framework in various Member States and international commercial arbitration practice, and, on the other hand, on the Romanian perspective regarding issues such as: applicable law to the effects of insolvency on pending arbitrations; survival of the arbitration agreement; stay or discontinuation of pending arbitrations.

International commercial arbitration practice reveals a clear tendency towards the protection of the arbitration agreement and the arbitral tribunal's procedural autonomy.

From a Romanian perspective, we claim that a international arbitration will not be automatically stayed upon opening of insolvency proceedings by a Romanian court against the respondent, where the current legislation, national courts' and arbitral tribunals' case law does not support such a solution. Arbitral tribunals will decide on a case by case basis, making sure that the essential principles of insolvency and the fundamental transnational standards of protection are safeguarded.

Keywords: *insolvency, commercial arbitration, public policy, EU public policy, transnational law, stay of arbitral proceedings*

REZUMAT

Prezentul articol tratează interfața arbitraj comercial – insolvență, din perspectiva elementelor de ordine publică care intervin în zona de contact dintre cele două fenomene juridice și a proceselor economice ce le generează.

Analiza are în vedere, pe de o parte, reglementările de la nivelul Uniunii Europene, practica instanțelor judecătorești din Statele Membre, cât și practica arbitrală internațională, iar pe de altă parte, perspectiva românească în chestiuni precum legea aplicabilă efectelor deschiderii insolvenței asupra arbitrajului în curs, supraviețuirea convenției arbitrale, suspendarea sau încetarea arbitrajului în curs.

Din practica tribunalelor arbitrale internaționale vizând entități economice implicate în insolvență se desprinde o tendință clară de protejare a convenției arbitrale și a autonomiei procedurale a arbitrilor.

Din perspectivă românească, susținem că un arbitraj internațional nu va fi suspendat automat atunci când împotriva pârâtului se deschide insolvența de către o instanță română. În analiza noastră, legislația actuală, jurisprudența instanțelor și a tribunalelor arbitrale la zi nu sprijină teza suspendării. Așa fiind, tribunalele arbitrale vor decide de la caz la caz, urmărind protejarea acelor principii esențiale ale procedurii insolvenței și a standardelor de protecție transnaționale fundamentale.

Cuvinte-cheie: *insolvență, arbitraj comercial, ordine publică, ordine publică UE, drept transnațional, suspendarea procedurii arbitrale*

Legislație relevantă:

Regulamentul (UE) nr. 848/2015, art. 7, art. 18, art. 20; Legea nr. 85/2014, art. 5, art. 58, art. 75

În Uniunea Europeană, concepte precum ordinea publică (*ordre public*) sau politici publice (*public policies*) se află într-un continuu proces de dezvoltare, conectat la obiectivul fundamental al extinderii și integrării pieței interne.

Astfel, acestea sunt strâns legate nu doar de drepturi și principii fundamentale, valori constituționale și obiective ale Uniunii, dar și de libertățile economice și libera competiție, stabilitatea cadrului macro-economic și împiedicarea distorsiunilor pe piață, reorganizarea sau lichidarea societăților, protecția consumatorului sau a părții contractuale aflate pe poziție de inferioritate, protecția mediului, obiective legate de securitate și sănătate.

Practica de arbitraj comercial din Europa arată că domeniile sensibile din perspectiva ordinii publice sunt: (i) concurență și ajutor de stat, (ii) insolvență, (iii) contracte de distribuție, agenție și alte tipuri de contracte în finanțe, telecom și tehnologia informației și utilități; (iv) protecția consumatorului și (v) proprietate intelectuală.

În prima parte a prezentului articol vom aborda temele reprezentative pentru ceea ce numim interfața arbitraj – insolvență din perspectivă europeană (I), urmând ca în cea de-a doua parte să tratăm zona de contact arbitraj – insolvență din perspectivă locală (II).

I. Zona de contact insolvență-arbitraj în practica arbitrală europeană

I.1. Considerații introductive

Este unanim recunoscut că insolvența și arbitrajul, ca procese, regimuri și proceduri legale, sunt predispușe la conflict deoarece urmăresc sau răspund unor obiective generale diferite. Așa fiind, prin raportare la politicile urmărite, principalele elemente ce trebuie avute în vedere în cadrul analizei sunt: universalitatea, respectiv teritorialitatea efectelor insolvenței, protecția patrimoniului debitorului aflat în insolvență prin legi imperative, care afectează principiul autonomiei părților, inclusiv reglementarea drepturilor debitorului aflată în contradicție cu efectul relativ al contractelor, *pacta sunt servanda* și altele asemenea.

În multe sisteme de drept, legislația insolvenței prevede norme de aplicație imediată și dispoziții de ordine publică. Cu toate acestea, în contextul arbitrajului se consideră că arbitrii sunt ținuti de astfel de prevederi nu doar pe baza naturii lor, ci esențialmente în temeiul valorilor pe care astfel de norme le protejează. Într-o viziune mai conservatoare, aceste reguli sunt obligatorii pentru arbitri doar în măsura în care sunt protejate, aliniate sau încorporate în ordinea publică de drept internațional privat de la locul arbitrajului.^[1]

Totuși, egalitatea între creditorii de același rang în cadrul procedurilor colective, inclusiv interdicția pentru creditori de a demara proceduri individuale sau de executare silită în afara procedurii de insolvență pentru realizarea creanței împotriva debitorului, împreună cu garanțiile unui proces echitabil – reprezintă principii fundamentale ale regimului insolvenței care sunt protejate la nivel de ordine publică în multe sisteme de drept.^[2]

Situația nu este diferită în ceea ce privește efectele insolvenței asupra unui arbitraj internațional. Potrivit Regulamentului privind insolvența^[3], convențiile arbitrale sunt considerate „contracte în derulare” în înțelesul prevăzut de Articolul 7 alin. (2) lit. (e) și, drept consecință, ele vor fi guvernate de *lex concursus*. Aceași lege va governa și efectele procedurii de insolvență asupra acțiunilor individuale intentate de creditori, cu excepția celor în curs de soluționare, potrivit Art. 7 alin. (2) lit. (f).

[1] J.-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration* (S.V. Berti și A. Ponti trad.), ed. a II-a, Ed. Sweet & Maxwell, 2007, p. 609; vezi, de asemenea, Recomandarea 1(d) din *Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, International Law Association (2002).

[2] J. Vezi R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, ed. a IV-a, Ed. Sweet & Maxwell, 2011; G. Moss, I.F. Fletcher, S. Isaacs (eds.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide*, ed. a II-a, Ed. Oxford University Press 2009; L. Markert, *Arbitrating in the Financial Crisis: Insolvency and Public Policy versus Arbitration and Party Autonomy – Which Law Governs?*, în *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 2, nr. 2, 2009, pp. 217 et seqq; vezi, în mod particular, pentru o analiză detaliată multi-jurisdicțională: V. Lazić, *Arbitration and Insolvency Proceedings: Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors*, în *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 3.3, decembrie 1999 (disponibil la: <https://www.ejcl.org/33/art33-2.html>, ultima dată accesat 30 martie 2017) și V. Lazić, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, Ed. Kluwer Law International 1998, T.M.C. Asser Instituut, Capitolul VI, pp. 235 – 276. Astfel cum a confirmat și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, principiul interdicției cererilor individuale împotriva debitorului în insolvență „decurge din principiile procedurale comune ale Statelor Membre” – Cauza C-294/02 *Comisia împotriva AMI Semiconductor Belgium BVBA și alții* [2005] ECR I-2175.

[3] Regulamentul (UE) nr. 2015/848 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 mai 2015 privind procedurile de insolvență [2015] JO L 141/19 (reformare), denumit în continuare „Regulamentul privind insolvența”

În funcție de abordarea legislativă privind efectele transfrontaliere ale insolvenței (*i.e.* teritoriale vs. extrateritoriale/universale), zona de contact insolvență-arbitraj este caracterizată de probleme privind:

- (i) capacitatea de a fi parte în arbitraj;
- (ii) condiții de validitate de fond a convenției arbitrale;
- (iii) arbitrabilitatea disputei;
- (iv) legi imperative și ordine publică în cadrul arbitrajului;
- (v) suspendarea sau încetarea procedurii arbitrale;
- (vi) procesul echitabil, egalitatea în drepturi procedurale;
- (vii) confidențialitate și transparență (atât a procedurilor de insolvență, cât și a celor arbitrale).

Interfața arbitraj – insolvență ridică însă probleme ce țin de compatibilitatea celor două procese, printre care: contrastul dintre caracterul definitiv al sentinței arbitrale și căile de atac devolutive care sunt prevăzute împotriva hotărârilor pronunțate în insolvență; calendare de desfășurare a procedurilor și costuri diferite; reunirea tuturor cererilor creditorilor în insolvență în temeiul legii, spre deosebire de conexarea cererilor arbitrale doar pe bază de consimțământ al tuturor părților implicate, precum și complexitatea arbitrajelor cu mai multe părți și a insolvenței grupului de societăți, toate acestea generând dificultăți în executarea atât a sentințelor arbitrale, cât și a hotărârilor pronunțate în insolvență.

La nivel general se admite că, deși o dispută ce face obiectul unei convenții arbitrale rămâne arbitrabilă în contextul insolvenței, sfera arbitrabilității se restrânge odată cu deschiderea insolvenței, din motive de ordine publică.^[4] Printre valorile de ordine publică ce limitează sfera arbitrabilității se numără: protecția averii debitorului, protecția salariaților și garantarea tratamentului egal între creditorii de același rang. Chiar și în sistemele de drept favorabile arbitrajului, instanțele au confirmat că aceste principii fac parte din ordinea publică, inclusiv în contextul unui arbitraj internațional.^[5]

Astfel cum vom arăta mai jos^[6], o dispută care este arbitrabilă la data încheierii convenției arbitrale ar putea deveni nearbitrabilă odată cu deschiderea procedurii insolvenței împotriva uneia dintre părți, în temeiul unor valori superioare ce trebuie protejate.

Deși legea de la locul arbitrajului rămâne un element esențial pentru determinarea efectelor unei proceduri străine de insolvență asupra arbitrajului, există cel puțin alte două mari zone de contact direct între insolvență și arbitraj. Acestea vizează capacitatea de a participa la arbitraj și procesul echitabil, ambele la fel de importante în contextul anulării și recunoașterii și executării hotărârii arbitrale.

^[4] S.M. Kröll, *Arbitration and Insolvency Proceedings – Selected Problems*, în L.A. Mistelis și J.D.M. Lew (eds), *Pervasive Problems in International Arbitration*, Ed. Kluwer Law International 2006, pp. 367 et seqq.

^[5] *Cour de cassation (Ch. com.)* 2 iunie 2004, *Société Gaussin et autres v. Société Alstom Power Turbomachines*, în *Revue de l'Arbitrage* nr. 3/2004, pp. 593 – 594; *Cour de cassation, (Première chambre civile)*, 6 mai 2009, *Société Jean Lion et Compagnie v. International Company for Commercial Exchanges Income*, disponibil la: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/509_6_12674.html (ultima dată accesat 30 martie 2017).

^[6] *Infra*, Secțiunea I.3.

O altă problemă sensibilă în această interfață privește suspendarea sau încetarea procedurii arbitrale, în condițiile în care arbitrajul este de regulă suspendat odată cu deschiderea procedurii insolvenței la locul arbitrajului.

În fine, există și probleme legate de asigurarea transparenței procesului, aceasta din urmă fiind o condiție impusă de interesul public. Astfel, în timp ce procedura insolvenței este accesibilă publicului, iar administratorul judiciar are obligații legale de a oferi informații legate de procedură, arbitrajul este confidențial, aceasta fiind una dintre trăsăturile sale cele mai evidente și valoroase. Pentru a asigura o compatibilitate între cele două, este necesară o renunțare cel puțin parțială la confidențialitatea arbitrajului.

Având trasate atât platforma teoretică, precum și principalele puncte de contact între cele două regimuri, vom evalua în cele ce urmează rezultatele interfeței acestora din următoarele perspective: (i) aplicarea Regulamentului privind insolvența; (ii) cadrul legal și practica instanțelor din Statele Membre; (iii) situația particulară din Elveția; (iv) practica tribunalelor arbitrale în materie de insolvență și autonomia procedurală.

1.2. Aplicarea Regulamentului privind insolvența

Regulamentul privind insolvența reprezintă un element cheie pentru implementarea politicii pieței interne UE. În acest sens, Regulamentul operează cu norme imperative și de aplicație imediată în legătură cu deschiderea, desfășurarea și închiderea procedurilor de insolvență în cadrul Uniunii Europene, în special în ceea ce privește legea aplicabilă, competența și efectele hotărârilor.

Regulamentul privind insolvența promovează reguli uniforme, însă nu are ca obiectiv armonizarea legislațiilor privind insolvența din diversele State Membre, ci este gândit ca o „structură legală de sine stătătoare” ale cărei instituții juridice „nu pot fi puse în aceeași categorie cu cele aparținând legislațiilor naționale.”^[7] Rezultă că Regulamentul este o parte autonomă și prioritară a legislației europene, reprezentând un instrument subordonat obiectivului pieței interne.^[8]

În analiza noastră, există patru elemente principale care răspund obiectivului de uniformizare al Regulamentului, respectiv: (i) o procedură de insolvență în jurul centrului intereselor debitorului, care se dorește a fi exclusivă^[9], (ii) o singură lege aplicabilă care reglementează efectele insolvenței în interiorul UE – *lex concursus*^[10], (iii) excepțiile de la regula conflictului de legi limitative și permise doar dacă sunt necesare pentru a proteja așteptările legitime și siguranța tranzacțiilor

^[7] M. Virgós și E. Schmit, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Anexa 2 în G. Moss, I.F. Fletcher și S. Isaacs (editori), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide*, ed. a II-a, Ed. Oxford University Press 2009. Nu este aprobat în mod oficial de Consiliu, însă referit în general ca EU Council Doc 6500/96, DRS 8 (CFC), în continuare denumit „Raportul Virgós Schmit”, par. 43.

^[8] A se vedea, în acest sens, și Preambul (1) – (4), (8) din Regulamentul privind insolvența, de unde rezultă că stabilirea de proceduri uniforme și eficiente pentru insolvența transfrontalieră este considerată necesară pentru funcționarea corespunzătoare a pieței interne.

^[9] Preambul (23) – (26), Articolul 3 din Regulamentul privind insolvența.

^[10] Preambul (66) și Articolele 7 (1) și 7 (2) din Regulamentul privind insolvența.

într-un Stat Membru, altul decât cel în care procedura de insolvență a fost deschisă^[11] și (iv) recunoașterea automată a hotărârilor pronunțate în insolvență.^[12]

În acest fel, Regulamentul privind insolvența promovează o „universalitate atenuată”.^[13]

(i) *Universalitatea atenuată și zonele de contact cu arbitrajul*

Principalele puncte de contact privesc competența, recunoașterea hotărârilor din insolvență (în mod automat sau condiționat) și, în special, efectele deschiderii procedurii de insolvență.

Spre deosebire de regimurile de insolvență cu efecte teritoriale ce duc la deschiderea unor proceduri de insolvență paralele în state diferite, Regulamentul privind insolvența prevede, ca regulă generală, recunoașterea automată în cadrul UE a efectelor procedurii de insolvență deschise într-un Stat Membru^[14], cu unele excepții. Astfel, conform Articolelor 7 și 20, efectele procedurii de insolvență sunt guvernate de *lex fori concursus*.

Atât excepțiile de la efectul universal cât și cele de la procedura de recunoaștere generează provocări suplimentare în relația arbitraj-insolvență. Pentru scopul analizei noastre, în considerarea excepției de la efectele universale, vom aborda acțiunile în curs având ca obiect un activ sau un drept din masa bunurilor care face obiectul insolvenței.^[15]

(ii) *Arbitraje internaționale ca acțiuni în curs având ca obiect un activ sau un drept din masa bunurilor care face obiectul insolvenței*

Potrivit art. 18 din Regulamentul privind insolvența, „efectele procedurii de insolvență asupra unei acțiuni în justiție în desfășurare sau asupra unei proceduri de arbitraj în desfășurare având ca obiect un activ sau un drept care face parte din masa bunurilor care face obiectul insolvenței unui debitor se reglementează exclusiv prin legislația statului membru în care se desfășoară procesul sau în care (*sic*) instanța de arbitraj își are sediul.” Art. 18 reprezintă o excepție de la art. 7 și 20, deși efectele asupra convenției arbitrale ar fi în mod normal guvernate de *lex concursus*.

Regulamentul anterior privind insolvența^[16] a dat naștere unor dezbateri referitoare la includerea arbitrajului în conceptul de „proces în curs de soluționare” utilizată de fostul Articol 15.^[17] Un caz de referință este cauza *Syska (Elektrim) v. Vivendi*, care a abordat conținutul noțiunilor de „proces în curs” și de drepturi sau bunuri ce fac parte din masa bunurilor ce face obiectul insolvenței („*asset or a right of which the debtor has been divested*”).

^[11] Preambul (67) din Regulamentul privind insolvența.

^[12] Preambul (65) din Regulamentul privind insolvența.

^[13] A.J. Berends, *The EU Insolvency Regulation: Some Capita Selecta*, în *Netherlands International Law Review*, Vol. 57, nr. 3, decembrie 2010 (pp. 423 – 442), p. 424.

^[14] Articolul 19 din Regulamentul privind insolvența.

^[15] Articolul 18 din Regulamentul privind insolvența.

^[16] Regulamentul (CE) nr. 1346/2000 al Consiliului din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență („Regulamentul anterior privind insolvența”).

^[17] Sub vechea reglementare, unii autori considerau că sensul termenului „proces” din Articolul 15 al Regulamentului anterior privind insolvența era „îndeajuns de larg încât să includă orice tipuri de proceduri inițiate de creditorii individuali, inclusiv proceduri arbitrale și măsuri de executare pornite de creditorii în afara sistemului jurisdicțional de stat, după caz” – M. Virgós, F. Garcimartin, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Ed. Kluwer Law International 2004, par. 121.

În acord cu propunerile de modificare a Regulamentului anterior^[18], legiuitorul european a clarificat această problemă și a reglementat expres în actualul Articol 18 că procedurile arbitrale în desfășurare care privesc un bun sau un drept din averea debitorului vor fi guvernate în mod exclusiv de legea Statului Membru de la locul arbitrajului.

Merită, totuși, să menționăm, pe scurt, experiența britanică în legătură cu Regulamentul anterior privind insolvența în această chestiune.

(iii) Syska (Elektrim) v. Vivendi Universal sau interpretarea engleză a Regulamentului anterior privind insolvența

Cauza engleză *Syska (Elektrim) v. Vivendi Universal* marchează un punct culminant în eforturile judiciare depuse de-a lungul mai multor ani. Relevantă este decizia High Court^[19] prin care se menține o hotărâre arbitrală pronunțată de un tribunal arbitral LCIA și decizia de confirmare din apel.^[20]

Dificultățile în această cauză au apărut deoarece Regulamentul anterior privind insolvența nu făcea nicio referire expresă la efectele procedurii insolvenței asupra arbitrajului. Mai mult decât atât, exprimarea regulii generale din fostul Articol 4 alin. (2) lit. (f) ce făcea referire la „acțiuni intentate de creditorii individuali” producea confuzie între noțiunile de „acțiuni individuale” și „creditorii individuali”.

În *Syska v. Vivendi*, High Court a confirmat că, potrivit Regulamentului anterior privind insolvența, efectele unei proceduri de insolvență străine se determină prin aplicarea legii de la locul arbitrajului și a normelor sale privind conflictul de legi. Această regulă privește efectele asupra unei proceduri arbitrale în curs, fiind asumat în mod clar că sintagma „proces în curs de soluționare” utilizată de Articolul 4 (2) (f) și Articolul 15 din Regulamentul anterior privind insolvența acoperea și procedurile arbitrale.^[21]

În apelul împotriva deciziei High Court, curtea de apel a reținut că un arbitraj în desfășurare este „un proces în curs de soluționare în înțelesul conferit acestei noțiuni de Articolul 15 și Articolul 4(2)(f)”^[22] din Regulamentul anterior. Această interpretare este în acord nu doar cu principiile fundamentale ale Regulamentului anterior, dar și cu dreptul englez, aceeași curte de apel concluzionând în cauza *Paramount Airways*^[23] că o cerere arbitrală poate fi inclusă în categoria procedurilor care îl privesc pe debitorul insolvent.

^[18] *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) no. 1346/2000 on insolvency proceedings*, 12 December 2012, COM(2012) 744 final, 2012/0360 (COD).

^[19] *Syska v Vivendi Universal SA & Ors* [2008] EWHC 2155 (Comm) (2 Octombrie 2008) <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2008/2155.html> (ultima dată accesat 3 aprilie 2017).

^[20] *Syska & Anor v Vivendi Universal S.A. & Ors* [2009] EWCA Civ 677 (09 July 2009) <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/677.html> (ultima dată accesat 3 aprilie 2017).

^[21] *Syska v Vivendi Universal SA & Ors* [2008] EWHC 2155, par. 100, 101 și 103.

^[22] *Syska & Anor v Vivendi Universal SA & Ors* [2009] EWCA Civ 677, CA, par. 33.

^[23] *Re Paramount Airways Ltd* [1992] Ch 160, revsd [1992] 3 All ER 1, CA.

Aplicarea legii de la locul arbitrajului pentru a determina efectele unei proceduri străine de insolvență asupra unui arbitraj în curs a fost recunoscută recent și de instanțele suedeze.^[24] Aceeași soluție a fost adoptată recent printr-o decizie a instanțelor române.^[25]

Considerăm că excepția prevăzută de Articolul 18 cuprinde toate cererile formulate de debitor sau în numele acestuia privind drepturi sau bunuri, inclusiv cereri având ca obiect drepturi reale formulate de terți împotriva bunurilor sau drepturilor debitorului sau care vor fi satisfăcute din patrimoniu în caz de admitere. De fapt, aceste acțiuni cuprind toate cererile care „urmăresc să stabilească existența, validitatea, conținutul sau cuantumul unei cereri”.^[26]

În opinia autorilor Regulamentul anterior privind insolvența, Regulamentul în sine face parte din ordinea publică UE, și nu doar regulile sale privind conflictul de legi^[27], pentru cel puțin două motive suplimentare: în primul rând, abordarea engleză din cauza *Vivendi vs. Elektrim* pare să indice că instanțele Statelor Membre trebuie să aplice Regulamentul în integralitatea sa^[28]; în al doilea rând, conform cauzei *Eco Swiss*, toate actele care reglementează obiective de politică privind piața internă sunt protejate la cel mai înalt standard legal.

În consecință, susținem că, *de plano*, aplicarea legii de la locul arbitrajului pentru a determina efectele procedurii străine de insolvență rămâne regula de bază, cu două calificări. În interiorul UE, soluțiile propuse de legea de la locul arbitrajului nu pot intra în coliziune cu principiile Regulamentului în integralitatea lui, inclusiv prin asigurarea bunei balansări dintre regulile de competență din Articolul 7 și excepțiile prevăzute de Articolul 18, știut fiind că Regulamentul nu restrânge expres autonomia tribunalului arbitral. În ceea ce privește statele terțe, soluția este oferită de mecanismele de drept internațional privat aplicabile de asemenea la locul arbitrajului.

Totuși, și într-un caz și în altul, după cum vom arăta, dacă principiile de drept transnațional, respectiv regulile materiale din arbitrajul internațional, pe de o parte, cât și principiile fundamentale ale insolvenței, pe de altă parte, sunt respectate, este de așteptat ca legea de la locul arbitrajului să nu impună expres suspendarea procedurii arbitrale în astfel de situații,

^[24] *Advadis S.A. v. Royal Unibrew A/S*, Svea Court of Appeal, Stockholm, T 8043-13, [20 martie 2015]. În acest caz, instanța suedeză a calificat problema ca ținând de validitatea convenției arbitrale, validitate care se apreciază în funcție de legea de la locul arbitrajului.

^[25] Sentința civilă nr. 2025/2014 pronunțată de Trib. București, secția a VI-a civilă, disponibilă pe www.idrept.ro și www.rolii.ro. Speța privește procedura de *exequatur* având ca obiect o hotărâre arbitrală pronunțată de un tribunal arbitral LCIA cu locul arbitrajului la Londra, în condițiile în care pe parcursul procedurii arbitrale o instanță din România a deschis procedura insolvenței împotriva părții. Tribunalul arbitral a continuat procedura și a pronunțat o hotărâre arbitrală prin care a obligat debitoarea la plata unor sume de bani. În judecarea cererii de *exequatur*, instanța română a arătat că „fiind vorba de un proces arbitral deja început la data deschiderii procedurii insolvenței părții-debitoare, proces desfășurat într-o țară membră UE, efectele procedurii insolvenței sunt reglementate de legea acestui stat, dispozițiile art. 36 din Legea nr. 85/2006 nefiind incidente, astfel că, din această perspectivă, nu există nicio încălcare a ordinii de drept internațional privat român.” – pentru detalii, *Infra*, Secțiunea II.4.

^[26] M. Virgós, F. Garcimartin, *op. cit.* par. 279.

^[27] *Ibidem*, par. 279.

^[28] Acest lucru este evident la o analiză a cauzei engleze *Syska v. Vivendi* și este împărțit de majoritatea doctrinei. Vezi Ph.K. Wagner, *When two worlds collide – the dilemma between insolvency and arbitration* în M. Roth, M. Geistlinger (editori) *Yearbook on International Commercial Arbitration 2012*, Vol. II, Ed. NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag (pp. 119 – 129), p. 126; D. Baizeau, *Compétence de l'arbitre et failite à la lumière des arrêts anglais et Suisse dans l'affaire Vivendi et Elektrim*, *Gazette du Palais, Les Cahiers de L'Arbitrage* nr. 3/2009.

recunoscând arbitrilor dreptul de a decide în această chestiune, de la caz la caz, cu respectarea tuturor principiilor mai sus arătate.

1.3. Zona de contact insolvență-arbitraj în diferite State Membre

Legislațiile naționale care reglementează insolvența în Europa nu prevăd încetarea efectelor unei convenții arbitrale sau suspendarea automată a procedurii arbitrale la data deschiderii procedurii insolvenței, cu excepția celei din Polonia, aplicabile de altfel doar până în 2016 și, în anumite cazuri limitative, a celor din Italia^[29] și Spania.^[30] Astfel de legislații se regăsesc în țări care găzduiesc cele mai importante centre de arbitraj internațional, precum Anglia, Franța, Germania, Suedia sau Olanda.^[31]

De fapt, în cele mai multe sisteme de drept, supraviețuirea convenției arbitrale este confirmată de instanțele judecătorești, cum este spre exemplu în cazul german *kristal klaar*.^[32] Există însă și excepții precum sistemul de drept polonez, care până recent, după cum s-a arătat, a reglementat expres că deschiderea procedurii insolvenței împotriva unei părți la o convenție arbitrală operează ca o condiție rezolutorie, afectând validitatea convenției.^[33]

Însă regula generală adoptată în Europa este că, în caz de dubiu cu privire la efectele prevederilor imperative și a normelor de aplicație imediată din legile care reglementează insolvența, convenția arbitrală va fi considerată validă.

În Franța, Curtea de Casație a confirmat^[34] că un tribunal arbitral poate să pronunțe sentințe doar cu privire la răspundere și quantumul obligațiilor pe care le datorează debitorul. Un tribunal arbitral situat în Franța nu poate obliga debitorul în insolvență la plata unor sume de bani.^[35]

[29] J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, p. 505. Vezi, de asemenea, Tribunale Lodi, 13 februarie 1991, *Adda Officine Elettromeccaniche e Meccaniche et al v. Alstom Atlantique SA et all*, în *Yearbook Commercial Arbitration* 1996, Vol. XXI, pp. 580 – 584.

[30] A. López Ortiz, *Spain: The New Spanish Insolvency Act and Arbitration*, *International Arbitration Law Review* 2005, 8 (2), N22-23; de asemenea, A. López Ortiz, A. Morales, S. Martinez, *Amendments to Spanish Arbitration Act now passed*, 2 iunie 2011, disponibil la: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-506-3371?__lrTS=20170403132548530&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-506-3371?__lrTS=20170403132548530&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1) (ultima dată accesat 3 aprilie 2017).

[31] Vezi de asemenea J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.*, pp. 305 – 309 pentru o analiză comparativă.

[32] Curtea Federală Germană de Justiție (Bundesgerichtshof), NJW (2004), 2898, 2899.

[33] Legea poloneză a falimentului și reorganizării din 28 februarie 2003, Articolul 142. Prin noua lege a insolvenței în vigoare din 1 ianuarie 2016, aceste prevederi au fost modificate, iar declararea stării de insolvență nu va duce automat la ineficacitatea convenției arbitrale și încetarea procedurii arbitrale. A se vedea în acest sens M. Durbas și R. Kos, *The European, Middle Eastern and African Arbitration Review 2016, Poland*, în *Global Arbitration Review 2016*, disponibil la: <http://globalarbitrationreview.com/benchmarking/the-european-middle-eastern-and-african-arbitration-review-2016/1036954/poland> (ultima dată accesat 3 aprilie 2017).

[34] Curtea de Casație, Civ. 1, 6 mai 2009, *Liquidateurs of Sté Jean Lion v. Sté International Company for Commercial Exchange (Income)*, <http://www.legifrance.gouv.fr> (08-10.281); vezi, de asemenea, comentariul deciziei de către E. Loquin, *Le contrôle par le juge français des sentences arbitrales contenant une violation manifeste des règles régissant des procédures collectives ouvertes en France et à l'étranger*, Notă a deciziei Cass. 1e civ., 6 mai 2009 și C. Ap. Paris, 9 aprilie 2009 (2010-3) *Paris Journal of International Arbitration* 889.

[35] *Suppl.*, 27 februarie 1992, *Me Sohm és-qual v. société Simex*, *Revue de l'Arbitrage* 1992, nr. 4, pp. 590 – 592, cu notă de P. Ancel (pp. 593 – 597).

Potrivit legii franceze, la data deschiderii procedurii de insolvență, orice alte proceduri, inclusiv arbitrajele, sunt suspendate în mod automat. Efectele suspendării încetează, iar procedura arbitrală este reluată sub condiția înscrierii creditorului din arbitraj la masa credală.^[36] Această regulă face parte din ordinea publică de drept internațional privat franceză, aplicându-se tuturor procedurilor arbitrale care au loc în Franța, indiferent de *lex causae*.^[37]

În mod similar, în *Germania*, jurisprudența abordează aspectele legate de obligația condițională a administratorului judiciar de a respecta convenția arbitrală; în timp ce suspendarea este obligatorie în stadiile incipiente ale procedurii de insolvență, condiția arbitrabilității obiective este asigurată prin conceptul larg de „totalitate a intereselor economice”.^[38] Potrivit Codului de procedură civilă german^[39], toate disputele care privesc un interes economic pot fi supuse arbitrajului, suspendarea obligatorie a procedurii având ca rol principal asigurarea reprezentării corespunzătoare în procedura arbitrală a debitorului aflat în insolvență, prin noii săi reprezentanți.

Exemplul *englez* ilustrează totuși o anumită înrolare a arbitrajului în misiunea mai largă a insolvenței.^[40] Conform Legii engleze a arbitrajului din 1996, Secțiunea 107, un administrator judiciar are puterea de a denunța o convenție arbitrală, însă reclamantul poate în continuare să inițieze un arbitraj, dacă obține acordul comitetului creditorilor și autorizarea din partea High Court.

De la data la care procedura de faliment obligatorie a fost deschisă, niciun arbitraj nu mai poate fi inițiat sau continuat fără aprobarea instanțelor^[41], acestea din urmă având drept de apreciere în acest sens. În cazul procedurilor de insolvență deschise în mod voluntar, aprobarea instanței nu este necesară. Atunci când se pronunță, instanța va face un exercițiu de tip *politici publice vs. pragmatism*, luând în considerare insolvența ca proces colectiv, centralizat, ordonat și transparent în comparație cu pierderea financiară pe care creditorul o va suporta în cazul în care nu i se permite inițierea sau continuarea procedurii arbitrale.^[42]

Alte considerente, precum interesele creditorilor ipotecari și impactul asupra regimului valorilor mobiliare, sunt de asemenea avute în vedere. Instanța va încerca să determine ce este „corect și drept” (*fair and right*)^[43], acțiunile în constatare fiind în general aprobate^[44], spre deosebire de

^[36] Codul Comercial francez, articolul L622-22.

^[37] Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Ed. Kluwer Law International 1999, p. 961; Cour de Cassation (Ch. com.), 19 mai 1987, *Caille et Jobart ès qual v. société Peter Cremer France*, Revue de l'Arbitrage 1988, nr. 1, pp. 142 – 143; vezi, de asemenea, Cour de Cassation (1Ch. civile), 5 februarie 1991, *Société Almira Films v. Pierrel, ès qualités*, Revue de l'Arbitrage 1991, nr. 4, p. 625 unde se menționează că obligația de a înregistra creanța ce face obiectul arbitrajului la masa credală, ca o condiție prealabilă pentru continuarea arbitrajului, face parte din ordinea publică de drept internațional privat franceză și se extinde chiar și asupra acelor arbitraje care nu sunt guvernate de legea franceză.

^[38] S.M. Kröll, *op.cit.*, p. 367.

^[39] Codul de procedură civilă german (Zivilprozessordnung, ZPO), art. 1030 (1).

^[40] J. Sutcliffe, J. Rogers, *Effect of Party Insolvency on Arbitration Proceedings: Pause for Thought in Testing Times*, Chartered Institute of Arbitrators, (2010) 76 Arbitration 277-290, p. 279.

^[41] Legea insolvenței din 1986, Sch. B1 par. 43(6).

^[42] *Atlantic Computer Systems Plc*, Re [1992] Ch. 505; [1992] 2 W.L.R. 367; [1992] All E.R. 476.

^[43] *New Cap Reinsurance Corporation Ltd v HIH Casualty & General Insurance Ltd* [2002] EWCA Civ 300 (20 February 2002), [2002] 2 BCLC 228.

^[44] *Exchange and Commodities Ltd*, Re [1983] B.C.L.C. 186.

acțiunile în realizare prin care se solicită plata unei sume de bani. Soluția adoptată de instanțele din Anglia este asemănătoare, așadar, celei din Franța.^[45]

În principiu, chiar și după deschiderea procedurii, potrivit legii engleze, o societate aflată în insolvență are dreptul de a încheia o convenție arbitrală.^[46]

Italia prevede un cadru mai conservator, prin ajustarea conceptului de arbitrabilitate și reglementând expres că, odată cu deschiderea procedurii de insolvență, dacă un contract ce conține o clauză arbitrală este denunțat în cadrul insolvenței, convenția arbitrală nu mai produce efecte. Totodată, instanțele care soluționează procedura de insolvență dobândesc competență exclusivă cu privire la cereri viitoare. Sub condiția înregistrării cererilor în procedura de insolvență, arbitrajele în curs inițiate de reclamantul aflat în insolvență pot continua.^[47]

Un cadru legislativ asemănător celui din Italia a fost prevăzut și în Spania până în 2011, convențiile arbitrale fiind lipsite de efecte de la data deschiderii insolvenței împotriva uneia dintre părți.^[48] Acum se prevede că deschiderea insolvenței în sine nu afectează convenția arbitrală, însă instanța poate decide suspendarea efectelor convenției atunci când consideră că aceasta ar putea prejudicia procedura insolvenței.^[49] Legea insolvenței din Spania permite ca arbitrajele în curs să fie soluționate, sentințele arbitrale fiind opozabile instanței judecătorești.^[50]

Dreptul *olandez* prevede o limitare a arbitrabilității obiective la cererile care nu au ca obiect o sumă de bani^[51], în mod similar legislației franceze potrivit căreia tribunalul arbitral nu poate dispune obligarea debitorului la plată. În ambele cazuri, rațiunea unor astfel de prevederi constă în protejarea principiului egalității de tratament între creditori.

Pentru aceleași motive legate de respectarea principiului fundamental al egalității între creditori, nicio lege care reglementează arbitrajul sau insolvența într-o țară europeană nu prevede dreptul arbitrilor de a opera compensării sau de a lua măsuri asigurătorii.

1.4. De la capacitatea de a participa la arbitraj la validitatea convenției arbitrale. Experiința elvețiană

În *Elveția*, cu excepția acelor „probleme care țin de esența insolvenței, cum ar fi declararea insolvenței, numirea administratorului și verificarea și admiterea creanțelor”^[52], majoritatea

^[45] Vezi o comparație exhaustivă în W.-G. Ringe, L. Gullifer și Ph. Théry, *Current Issues in European Financial and Insolvency Law, Perspectives from France and the UK*, Ed. Hart 2009.

^[46] M. Mustill și S. Boyd, *Commercial Arbitration Companion to the 2nd edn*, Ed. Butterworths 2001, par. 152.

^[47] Vezi Legea italiană a insolvenței nr. 267/1942 (modificată prin Legea nr. 119/2016), articolele 43, 51, 52 83/bis.

^[48] Articolul 52 din Legea spaniolă a insolvenței nr. 22/2003. A se vedea și K. Sachs, *Insolvency Proceedings and International Arbitration*, in *Collected Courses of the International Academy for Arbitration Law*, 2011, Volume 1, at 1 (2013), p. 19.

^[49] Art. 52 din Legea spaniolă a insolvenței, astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 11/2011. A se vedea: [http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427555218?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3Bfilename%3DAct_on_Insolvency_\(Ley_Concursal\).PDF](http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427555218?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3Bfilename%3DAct_on_Insolvency_(Ley_Concursal).PDF) (ultima dată accesat 3 aprilie 2017).

^[50] Art. 53 din Legea spaniolă a insolvenței nr. 22/2003.

^[51] B. Wessels, *Cross-border Insolvency Law; International Instruments and Commentar*, Ed. Kluwer Law International 2007, 453.

^[52] G. Kaufmann-Kohler, L. Lévy, *Insolvency and international arbitration* în H. Peter, N. Jeandin, J. Kilborn (editori) *The challenges of insolvency law reform in the 21st century: facilitating investment and recovery to enhance economic growth*, Ed. Schulthess 2006 (pp. 257-284), p. 262.

acțiunilor sunt arbitrabile și, mai mult decât atât, arbitrajul este văzut în mod serios ca un mijloc adecvat pentru soluționarea disputelor ivite ulterior deschiderii insolvenței.

Prin urmare, dacă un administrator decide să încheie o convenție arbitrală, debitorul în numele căruia acesta acționează va rămâne obligat de respectiva convenție. Pe de altă parte, un administrator nu poate fi obligat să supună o dispută arbitrajului, de regulă din motive legale.

În ce privește eventualele decizii privind suspendarea procedurii, acestea se încadrează în dreptul de apreciere al tribunalului, fiind puțin probabil să fie dispuse, cu excepția cazului în care intervin probleme legate de ordinea publică.^[53] Acest principiu este recunoscut în mod expres de instanțele elvețiene.^[54]

În acest context, câteva arbitraje ICC recente cu locul arbitrajului în Elveția și implicând entități în insolvență din State Membre precum Polonia și Portugalia, au creat cadrul favorabil pentru trasarea unor distincții subtile cu privire la efectele procedurilor de insolvență în interiorul și în afara UE asupra unor aspecte precum: capacitatea de a supune un litigiu arbitrajului, validitatea convenției arbitrale și aspecte de politică legate de insolvență și arbitraj. Vom analiza mai jos două serii de cazuri.

(i) *Vivendi v. Elektrim*

În cauza *Vivendi vs. Elektrim*, s-a pus problema în ce măsură un tribunal arbitral ICC cu locul arbitrajului în Geneva avea competența de a soluționa o dispută privind o societate în insolvență, înființată și funcționând potrivit legilor poloneze, având în vedere Articolul 142 din Legea poloneză a falimentului și reorganizării potrivit căruia „nicio convenție arbitrală încheiată de cel aflat în insolvență nu va mai produce efecte de la data la care se deschide insolvența și orice procedură de arbitraj în curs va înceta.”

Tribunalul a considerat că nu are competență, în principal deoarece societatea poloneză își pierduse capacitatea de a fi parte în arbitraj; această împrejurare a fost calificată de tribunalul arbitral ca ținând de „arbitrabilitate subiectivă” (*subjektive Schiedsfähigkeit*), o consecință a procedurii de insolvență deschise potrivit legii poloneze.

Deși arbitrabilitatea subiectivă ar putea fi o problemă guvernată, în general, de *lex arbitri*, Capitolul 12 din Legea elvețiană privind Dreptul Internațional Privat (PILA) conține prevederi specifice care reglementează problema arbitrabilității subiective cu privire la stat și entități controlate de stat, dar nu și cu privire la persoane private.

Ca atare, în lipsa unor prevederi specifice, se vor aplica principiile generale de procedură, ce conduc la aplicarea regulilor care reglementează conflictul de legi referitoare la capacitate în general (*Rechtsfähigkeit*), respectiv capacitatea de a avea drepturi și obligații. În temeiul Articolelor 154 și 155 din PILA, problema capacității unei entități juridice străine este guvernată de legea de la locul înființării, în speță, legea poloneză.

^[53] L. Lèvy, *Insolvency in Arbitration (Swiss Law)* (2005) 8(1), *International Arbitration Law Review* 23, 30 et seqq.

^[54] Tribunalul Federal elvețian, decizia din 7 septembrie 1993, *Fincantieri Cantieri Navali Italiani SpA*, *ASA Bulletin*, Vol. 12, nr. 2, p. 251.

Curtea Supremă elvețiană^[55], confirmând sentința arbitrală menționată, și-a întemeiat soluția pe opinia profesorilor de drept polonez cu privire la „capacitatea continuată” a unei entități juridice poloneze în insolvență de a fi parte într-un arbitraj internațional, concept devenit esențial pentru speță prin aplicarea PILA.

Această abordare a fost criticată de doctrină încă de la început^[56], în special interpretarea hotărârii poloneze de deschidere a procedurii insolvenței potrivit legii elvețiene și interpretarea efectelor legii poloneze în ceea ce privește capacitatea Elektrim. Chiar și avocații Elektrim^[57] au considerat oarecum ciudate concluziile la care s-a ajuns prin aplicarea regulilor elvețiene de drept internațional privat.

În opinia noastră, poziția adoptată cu privire la legea poloneză nu este corectă. Chiar dacă în unele sisteme de drept ar fi suficientă, potrivit standardelor locale, declararea ca nevalabilă a unei convenții arbitrale de la data deschiderii procedurii de insolvență (printr-o reglementare), cu scopul de a priva o parte de capacitatea sa de a supune o dispută arbitrajului, acest lucru intră cu siguranță în conflict cu standardele internaționale minime.

Este așa, întrucât efectele legii poloneze (străine) a insolvenței asupra convenției arbitrale nu sunt o chestiune ce ține de capacitatea juridică a unei entități poloneze (străine) de a fi parte într-un arbitraj, ci de validitatea convenției arbitrale, care se analizează conform *lex arbitri*.^[58] În plus, o astfel de abordare nu ar fi nici adecvată^[59], pentru simplul motiv că, prin înlăturarea capacității debitorului, nu doar reclamanții având creanțe împotriva debitorului pierd opțiunea de a urma calea arbitrajului, cât și administratorul judiciar.

(ii) Exemplul portughez

Într-o cauză recentă ICC cu locul arbitrajului la Geneva, arbitrii au considerat că intrarea în insolvență a unei persoane juridice portugheze nu afectează competența tribunalului asupra părții aflate în insolvență. Sentința arbitrală a fost confirmată de instanțele elvețiene până la cel mai înalt grad, prin decizia Curții federale supreme (*Tribunal fédéral*) din 16 octombrie 2012.^[60]

Astfel cum s-a exprimat un practician în arbitraj internațional implicat în cauza menționată^[61], instanța supremă elvețiană a „corectat” decizia *Vivendi v. Elektrim* în scurt timp. De această

^[55] *Bundesgericht/Tribunal Fédéral* (T 1/2 4A_428/2008) 31 martie 2009, ASA Bulletin nr. 1/2010, p. 104.

^[56] Vezi comentariile inițiale mixte de P. Karrer, *Views on the decision by the Swiss Supreme Court of March 31, 2009 in re Vivendi et al. V. Deutsche Telekom et al* în ASA Bulletin 1/2010, p. 111 și de M. Aeby, H. Frey, *Impact of Bankruptcy on International Arbitration Proceedings – A Special Case Does not Make a General Rule*, ASA Bull 1/2010, p. 113.

^[57] *Syska v Vivendi Universal SA & Ors* [2008] EWHC 2155 (Comm), par. 96.

^[58] Vezi, pentru dezvoltări în acest sens, G. Naegeli, *Bankruptcy and Arbitration – What Should Prevail? The Impact of Bankruptcy on Pending Arbitral Proceedings*, în C. Klausegger, P. Klein et al. (editori), 2010 Austrian Yearbook on International Arbitration 193, pp. 200 et seqq.

^[59] Vezi, în acest sens, V. Lazic, *Cross-Border Insolvency and Arbitration: Which Consequences of Insolvency Proceedings Should be Given Effect in Arbitration?* în S. Kröll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas & V. Rogers (editori), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, Liber Amicorum Eric Bergsten*, Ed. Kluwer Law International 2011 (pp. 337 – 363), pp. 342 et seqq.

^[60] Decizia Curții federale supreme din 16 octombrie 2012, nr. caz 4A_50/2012, ASA Bull. 2/2013 („Decizia din 16 octombrie 2012”), p. 354.

^[61] G. Naegeli, *The Capacity of a Bankrupt Party to Be or Remain a Party to International Arbitral Proceedings – A Landmark Decision of the Swiss Federal Supreme Court*, ASA Bulletin, 2/2013 (Iunie) (pp. 372 – 382), p. 372.

dată, Curtea federală supremă din Elveția nu a ținut cont de nicio restricție impusă de legea de la locul înființării societății aflate în insolvență, arătând că, atâta timp cât acele restricții „nu afectează capacitatea juridică în sine”^[62], cel aflat în insolvență rămâne obligat în temeiul convenției arbitrale. Cu alte cuvinte, dacă există capacitate generală potrivit legii de înființare, ar trebui să se recunoască și capacitatea de a participa la arbitraj în Elveția.

Fiind implicată o entitate de altă naționalitate decât cea poloneză, această cauză a oferit Curții federale supreme din Elveția mai mult spațiu pentru a jongla cu noțiunile de capacitate și validitate a convenției arbitrale, spre deosebire de cauza guvernată de legea poloneză. Într-adevăr, în timp ce Articolul 142 din Legea poloneză privind insolvența și reorganizarea este de natură imperativă^[63], Articolul 87(1) din Legea portugheză a insolvenței, ce reglementează efectele convenției arbitrale încheiate de debitorul insolvent, prevede doar soluția suspendării, care este oricum disponibilă „fără a prejudicia prevederile tratatelor internaționale”. Or, în absența doctrinei sau jurisprudenței portugheze care să califice Articolul 87(1) drept un instrument prin care se înlătură capacitatea debitorului de a participa la arbitraj în temeiul unei convenții arbitrale pre-existente, Curtea federală supremă din Elveția a considerat că efectele legii portugheze nu afectează capacitatea debitorului de a participa la procedura arbitrală.

În continuare, aceasta a decis că, potrivit Codului portughez al insolvenței, o entitate portugheză își păstrează capacitatea de a participa într-un arbitraj, în ciuda unei prevederi specifice din Codul menționat care dispune că, în anumite condiții, convențiile arbitrale se suspendă.^[64] Chiar dacă potrivit legii portugheze convențiile arbitrale ar fi considerate ineficace, acest lucru nu produce efecte asupra unui arbitraj localizat în Elveția; singura cerință, potrivit legii elvețiene care guvernează convenția arbitrală, ar fi cea ca entitatea juridică implicată să își mențină personalitatea juridică și capacitatea generală. Or, în interpretarea elvețiană a Articolului 87(1) din Codul Insolvenței portughez, declararea insolvenței nu afectează personalitatea juridică a societății debitoare portugheze.

Prin urmare, prin decizia sa din octombrie 2012, Curtea federală supremă din Elveția a făcut două alegeri de politică a justiției relevante pentru lumea arbitrajului internațional.

În primul rând, de principiu, deschiderea procedurii insolvenței împotriva unei părți la o convenție arbitrală nu ar trebui să înlătorească capacitatea acelei părți de a fi parte într-un arbitraj, însă ar putea afecta validitatea convenției arbitrale și desfășurarea procedurii. Astfel, decizia *Vivendi v Elektrim* rămâne un caz izolat și, oricum, circumstanțiată aspectelor particulare prevăzute de Legea poloneză a insolvenței.

În al doilea rând, este rolul arbitrilor să stabilească ce prevederi din legile străine care reglementează insolvența trebuie tratate ca fiind legi imperative sau norme de aplicație imediată. În cazul Elveției, această regulă se aplică și cu privire la Regulamentul privind insolvența.

[62] Decizia din 16 octombrie 2012, par. 3.3.4.

[63] Prevăzând expres că „orice convenție arbitrală își va pierde efectul legal (...)”.

[64] Art. 87 alin. (1) Codul Insolvenței portughez prevede că: „Fără a prejudicia prevederile conținute în tratatele internaționale aplicabile, eficacitatea convențiilor arbitrale, referitoare la dispute care ar putea afecta valoarea masei credale și la care debitorul aflat în insolvență este parte, va fi suspendată.”

În concluzie, comparând deciziile pronunțate în cauza engleză *Syska/Elektrim v. Vivendi* și în cauza elvețiană *Vivendi v. Elektrim*, putem observa o tendință de a proteja autonomia arbitrajului în contextul insolvenței.

În ambele cazuri, acest lucru a fost posibil prin încadrarea efectelor deschiderii procedurii insolvenței în categoriile *competenței* sau *validității convenției arbitrale*.

Astfel, în experiența elvețiană, răspunsul cu privire la efectele procedurii insolvenței asupra arbitrajului se obține plecând de la capacitatea societății aflate în insolvență de a încheia sau executa o convenție arbitrală (care în mod normal ar conduce la aplicarea legii naționale de la locul înființării entității respective) și ajungând la validitatea convenției arbitrale (care în mod normal este guvernată de legea de la locul arbitrajului).

Pe de altă parte, în experiența engleză, tribunalul și instanțele au calificat această problemă ca ținând de validitatea convenției arbitrale și au apelat la prevederile Regulamentului anterior privind insolvența.

În ambele experiențe, autonomia arbitrilor internaționali în contextul insolvenței este salvardată.

1.5. Practica tribunalelor arbitrale

Vom aborda în continuare aceleași probleme privind normele imperative, ordinea publică și politicile publice, întinderea efectelor insolvenței, validitatea convenției arbitrale și autonomia procedurală, însă de această dată din perspectiva practicii tribunalelor arbitrale.

(i) Legi imperative și ordinea publică transnațională

Dinamica normelor imperative este dată în general de un complex de legi, precum: legea care guvernează capacitatea părților din convenția arbitrală; legea aplicabilă convenției arbitrale; legea aplicabilă fondului disputei sau legea aplicabilă procedurii.

Modul în care un practician tratează acest complex de legi ține esențialmente de formula de ierarhie a normelor, care la rândul ei, inevitabil, depinde fundamental de o școală de gândire juridică sau alta.

Spre exemplu, pentru „localiști”, legea de la locul arbitrajului reprezintă principala cale prin intermediul căreia o normă imperativă operează în arbitraj. În această școală de gândire, consecința imediată ar fi că odată deschisă în țara de la locul arbitrajului, procedura insolvenței nu poate fi ignorată, iar legea „locală” care o guvernează trebuie aplicată de arbitri. Această lege include, bineînțeles, (în ceea ce privește Statele Membre) Regulamentul privind insolvența și regulile sale specifice referitoare la conflictul de legi, aplicate de altfel în mod constant de tribunalele arbitrale.

Cu toate acestea, chiar „localiștii” admit că singura lege națională cu adevărat obligatorie („truly mandatory”) pentru arbitri este legea aplicabilă fondului disputei. Iar aceasta devine obligatorie pentru arbitri doar dacă nu a fost exclusă în mod expres de către părți și dacă a fost pledată ca atare în fața arbitrilor.^[65] Alte legi naționale pot deveni aplicabile în anumite circumstanțe, cum

^[65] P. Mayer, *Mandatory rules of law in international arbitration* (1986) 2 *Arbitration International*, Nr. 4 (pp. 274 – 293), p. 275.

ar fi cele referitoare la capacitate, însă efectele lor ar putea fi în continuare restrânse prin acordul părților.

Pe de altă parte, în lumea arbitrajului comercial internațional se susține puternic necesitatea supraviețuirii convenției arbitrale după deschiderea procedurii de insolvență.^[66] Dar, din păcate, deși scopul este constructiv, argumentele invocate în acest sens nu sunt convingătoare, cum ar fi acelea bazate pe așteptarea legitimă a părților de a nu se considera că au încheiat convenția arbitrală sub condiție rezolutorie.

Mai departe, în aceeași linie, se invocă un alt argument potrivit căruia, în anumite sisteme de drept^[67], încălcarea unei legi imperative străine nu ar conduce la anularea sentinței arbitrale, sau că riscul executării silite a sentinței ar trebui suportat de către părți.^[68]

Astfel de abordări numite ale „autonomiștilor” susțin cu „jumătate de măsură” o opoziție conceptuală față de „localiști”. De altfel, această „jumătate de măsură” conduce ea însăși la contradicții și, într-un final, la situații imposibile din punct de vedere practic.

În același sens, argumentele potrivit cărora arbitrii nu ar trebui să fie preocupați de puterea executorie a sentinței într-atât încât să suspende sau să întrerupă arbitrajul din cauza problemelor legate de insolvență^[69] rămân neconvingătoare. Viziunea opusă – în sensul că arbitrii ar trebui să ia în considerare toate probleme care țin de legea imperativă și ordinea publică de la locul probabil al executării^[70] – este la fel de nejustificată. Susținerea că, deși sentința nu ar fi executorie în țara unde este deschisă insolvența, ar putea totuși să fie recunoscută de alte țări, astfel cum întâlnim într-o serie de hotărâri arbitrale ICC^[71], este de asemenea nesatisfăcătoare.

În opinia noastră, atât abordarea „localiștilor”, cât și a „autonomiștilor” reprezintă soluții parțiale. De fapt, apelul la conflictul de legi de la locul arbitrajului nu are vocația de a rezolva problemele aflate în joc. Insolvența nu privește doar soluționarea unor dispute, ci a unor acțiuni colective, în cadrul reorganizării sau lichidării. Ca atare, prin aplicarea principiilor conflictului de legi pentru a determina legea aplicabilă nu se va crea un cadru legal pe măsura intereselor complexe, comune sau individuale, independente sau interdependente, aflate în conflict, iar astfel de interese există și vor exista mereu în cadrul reorganizării sau lichidării.

^[66] Vezi, pentru exemple, G. Kaufmann-Kohler, L. Lèvy și S. Sacco, *The Survival of the Arbitration Agreement and Arbitration Proceedings in Cases of Cross-Border Insolvency: An Analysis from the Swiss Perspective*, (2012-2) Paris Journal of International Arbitration, 371-390, 387-388; vezi, de asemenea, J.-F. Poudret, S. Besson, *op. cit.* (n 257) 505; vezi, de asemenea, G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, Ed. Kluwer Law International 2014, pp. 1007-1008.

^[67] Spre exemplu, în Elveția, potrivit Legii elvețiene privind dreptul internațional privat, Articolul 19, arbitrii au discreția de a nu aplica o lege străină imperativă, cu excepția cazului în care există un interes fundamental și legitim care impune aplicarea unei asemenea legi imperative, pe baza standardelor internaționale unanim recunoscute.

^[68] G. Kaufman-Kohler, L. Lèvy, *op. cit.*, p. 283.

^[69] D. Baizeau, *Arbitration and Insolvency: Issues of Applicable Law* în C. Muller și A. Rigozzi (editori), *New Developments in International Commercial Arbitration 2009*, Ed. Schulthess 2009, p. 103.

^[70] F. Mantilla-Serrano, *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, Arbitration International Vol. 11, nr. 1 din 1995, 51, 57.

^[71] Cauza ICC nr. 7205 în J.-J. Arnaldez, Y. Derrains, D. Hacher (editori), *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, Ed. Kluwer Law International, ICC Publishing 1997, p. 622; vezi, de asemenea, Cauza ICC nr. 6697 citată în F. Mantilla-Serrano, *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, Arbitration International Vol. 11, nr. 1 din 1995, 70.

Prin urmare, soluția cea mai potrivită este aceea de a balansa între interesele generale efective promovate de procedura insolvenței, pe de o parte, și interesele private protejate în arbitraj, pe de altă parte, urmând a acorda preferință celor dintâi^[72], doar în măsura în care ignorarea lor ar conduce la o încălcare gravă a standardelor de protecție transnaționale fundamentale.

În această viziune, arbitrii rămân competenți și își exercită autonomia deplină în procedura arbitrală, atât față de cazurile străine de insolvență (care se desfășoară în afara locului arbitrajului)^[73], dar și față de cele naționale, cu excepțiile expres prevăzute de legea națională.

Subliniem, deopotrivă, că procedurile de insolvență, independent de locul deschiderii, produc efecte asupra arbitrajului nu doar în temeiul legilor imperative sau a normelor de aplicație imediată, ci și pe baza standardelor transnaționale de ordine publică.

Suntem astfel de părere că, în acest stadiu de dezvoltare a ordinii comerciale și financiare transnaționale, în contextul insolvenței, egalitatea de tratament între creditorii de același rang și principiile procedurale fundamentale (dreptul la un tratament echitabil și dreptul de a fi ascultat într-o procedură contradictorie) sunt reguli aplicabile în arbitrajul internațional, independent de legea aplicabilă aleasă de părți, legea imperativă sau cea rezultată din aplicarea metodei conflictului de legi.

În concluzie, în relația dintre insolvență și arbitraj, efectele procedurii de insolvență ar trebui luate în considerare de către arbitri chiar dacă procedura insolvenței nu este deschisă la locul arbitrajului, dacă aceasta este singura cale prin care pot fi apărute sau evitate, după caz, (i) principiul interzicerii acțiunilor individuale și principiul egalității între creditorii de același rang și (ii) riscurile de încălcare a procesului echitabil printr-un arbitraj care se desfășoară în paralel cu procedura de insolvență.

Referitor la procesul echitabil, un arbitraj desfășurat în contextul insolvenței riscă să creeze dezechilibre între drepturile părților, în special cu privire la (i) numirea arbitrilor, (ii) citarea legală și dreptul de a-și prezenta cauza, și (iii) efectele unei suspendări a procedurii sau a refuzului de a suspenda procedura în mod corespunzător. Acest punct ne aduce la ideea de autonomie procedurală în arbitraj pe care o vom aborda în cele ce urmează.

(ii) Autonomia procedurală

Una dintre întrebările fundamentale, pe care un tribunal arbitral trebuie să și le adreseze atunci când este confruntat cu deschiderea insolvenței împotriva uneia din părțile la arbitraj, vizează limitele propriiei „autonomii procedurale” din cel puțin două perspective, respectiv recunoașterea efectelor hotărârilor din insolvență și suspendarea procedurii arbitrale.

^[72] Aceasta este, se pare, doar viziunea tradițională; vezi Ph. Fouchard, *Arbitrage et faillite*, Revue de l'Arbitrage 1998, nr. 3, p. 475.

^[73] Astfel cum s-a văzut, în multe din aceste cazuri procedura insolvenței nu este luată în considerare. Următoarele cauze ilustrează bine această poziție: hotărârea în cauza ICC 4415 și hotărârile în cauzele ICC 6057 și 7502 în S. Jarvin și Y. Derains (editori), *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Ed. Kluwer Law International 1990, hotărârea finală în cauza ICC 12993, ianuarie 2005 în ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 20, nr. 1, 2009, pp. 105 – 107, hotărârea finală în cauza ICC 10515, iunie 2002 în ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 20, nr. 1, 2009, pp. 74 – 76, hotărârea interimară în cauza ICC 10507, iulie 2002 în ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 20, nr. 1, 2009, pp. 71 – 74.

Trecând de disputele teoretice^[74], practica internațională arată că, de principiu, procedurile de insolvență deschise la locul arbitrajului sunt luate în considerare de tribunale arbitrale, spre deosebire de cele deschise în afara locului arbitrajului. Această tendință se desprinde în ceea ce privește arbitrajele ICC, unde procedurile de insolvență deschise la locul arbitrajului au dus, de regulă, la suspendarea arbitrajului^[75], în timp ce procedurile de insolvență deschise în altă țară decât cea a locului arbitrajului nu au dus la suspendare^[76].

În ceea ce privește deciziile de deschidere a procedurii insolvenței emise în țări din afara UE, practica demonstrează că autonomia arbitrală joacă un rol important și că (exceptând cazul în care ignorarea procedurii insolvenței ar conduce la încălcarea procesului echitabil sau a altor interese sau valori protejate de ordinea publică internațională), în general, arbitrajul va continua în paralel cu insolvența din țara străină. Există numeroase hotărâri ICC în care procedurile de insolvență au fost ignorate, iar arbitrajul a continuat.^[77]

Doctrina orientată despre locul arbitrajului („localiștii”)^[78] consideră, totuși, că procedurile de insolvență deschise la locul arbitrajului nu ar trebui să paralizeze arbitrajul, ci ar trebui doar să fie luate în considerare, astfel încât să se analizeze potențialele probleme de natură procedurală sau de fond, care țin de norme imperative sau de ordine publică^[79].

Cu toate acestea, soluția menționată mai sus rămâne pur teoretică întrucât, din perspectiva eventualei acțiuni în anulare, dacă hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței este pronunțată la locul arbitrajului, efectele sale sunt – cu excepția unor situații particulare – obligatorii pentru tribunal. Întrebarea care se pune, totuși, chiar și față de „localiști”, vizează criteriile după care, într-o procedură de recunoaștere și executare a hotărârii arbitrale, se va opta între argumente de ordine publică aplicabile în țara de recunoaștere și dovada respectării de către tribunalul arbitral internațional a tuturor principiilor fundamentale ce guvernează regimul insolvenței.

Răspunsul la această întrebare, cel puțin în cadrul UE, pare să fie dat de exemplul francez și reprezintă, în opinia noastră, expresia unei abordări moderne.

Astfel, potrivit *Cour de cassation* în cauza *Cornellissen*^[80], cerințele generale pentru recunoașterea hotărârilor străine ar trebui să se aplice și hotărârilor privind insolvența.

^[74] Se susține des că, deoarece arbitrii nu au *lex fori*, recunoașterea procedurilor de insolvență străine la locul arbitrajului nu ar trebui să aibă efecte asupra arbitrajului. Vezi D. Baizeau, *op. cit.* (Ed. Schulthess 2009), p. 105.

^[75] Vezi, de exemplu, hotărârea în cauza ICC 8133, 1999; hotărârea în cauza ICC 7205, 1993, în J.-J. Arnaldez, Y. Derrains, D. Hacher, *op. cit.* (1997).

^[76] Vezi, de exemplu, hotărârea ICC nr. 6057/1991, hotărârea ICC nr. 5996/1991 în J.-J. Arnaldez, Y. Derrains, D. Hacher, *op. cit.* (1997), p. 487.

^[77] Hotărârea ICC nr. 4415, și hotărârile ICC nr. 6057 și 7502 în S. Jarvin și Y. Derains, *op. cit.* (1990), hotărârea finală în cauza ICC 12993, ianuarie 2005 în ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 20 nr. 1, 2009, pp. 105 – 107, hotărârea finală în cauza ICC 10515, iunie 2002 în ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 20 nr. 1, 2009, pp. 74 – 76, hotărârea intermediară în cauza ICC 10507, iulie 2002 în ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 20 nr. 1, 2009, pp. 71 – 74.

^[78] *Supra*, Secțiunea I.5.(i).

^[79] D. Baizeau, *op. cit.* (Ed. Schulthess 2009), p. 120.

^[80] Cour de Cassation (chambre civile 1), decizia din 20 februarie 2007, în cauza nr. 05-14.082, *Cornellissen vs. Sté Avianca Inc et al.*

Acestea sunt: (i) competența deplină a instanței străine cu privire la debitorul în insolvență, (ii) finalitatea și eficacitatea hotărârii, (iii) procesul echitabil potrivit regulilor aplicabile la locul arbitrajului, și după caz, cu respectarea Articolului 6 ECHR și (iv) compatibilitatea cu ordinea publică de drept internațional privat francez.

(iii) Practica arbitrală ICC

Deciziile adoptate de tribunalele arbitrale atunci când au fost confruntate cu efectele insolvenței asupra arbitrajului în curs variază în funcție de perspectiva din care aceste efecte au fost abordate. Pe de o parte, deciziile au fost influențate de legea aplicată (legea de la locul arbitrajului sau legea aplicabilă procedurii insolvenței), iar, pe de altă parte, de instituțiile juridice considerate incidente: validitatea clauzei arbitrale, arbitrabilitatea disputei, capacitatea părții insolvente de a fi parte în arbitraj, suspendarea sau încetarea procedurii arbitrale, obstacole în executarea hotărârii arbitrale.

Discutăm în cele ce urmează exemplele relevante, în funcție de aceste categorii.

– Validitatea clauzei arbitrale. Ignorarea efectelor insolvenței

Este notabilă din această perspectivă decizia unui tribunal prin care acesta a stabilit că are competență, deși împotriva pârâtului se deschisese procedura insolvenței, motivând că validitatea clauzei arbitrale nu este afectată, iar reclamantul a avut o așteptare rezonabilă ca disputa să fie soluționată prin arbitraj^[81].

– Arbitrabilitatea disputei

Tribunalele arbitrale au confirmat faptul că deschiderea procedurii insolvenței împotriva uneia dintre părțile în arbitraj nu conduce la lipsa de arbitrabilitate a disputei. În aceste cazuri, tribunalele au reținut că au competență întrucât disputele nu ținneau de „esența” procedurii insolvenței („core” *insolvency matters*)^[82].

– Capacitatea părții aflate în insolvență de a fi parte în arbitraj

În ceea ce privește problema capacității debitorului de a fi parte în arbitraj, tribunalele se raportează în general la legea statului unde debitorul își are sediul^[83]. De exemplu, tribunale

^[81] Hotărârea intermediară pronunțată în cauza ICC 10507, iulie 2002, în ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 20, nr. 1, 2009, p. 71. Această soluție – de ignorare completă a efectelor insolvenței – este izolată în practica arbitrală – în acest sens, S. Nadeau-Séguin, *When Bankruptcy and Arbitration Meet: A Look at Recent ICC Practice*, în *Dispute Resolution International* Vol. 5, nr. 1, mai 2011, pp. 84 – 85.

^[82] Hotărârea parțială pronunțată în cauza ICC 6697, *Casa v Cambior* în *Revue de l'Arbitrage* nr. 1 din 1992, pp. 135 – 146. Pentru alte considerente legate de arbitrabilitatea disputei, a se vedea: hotărârea intermediară din cauza ICC 10507 (*supra*, nota de subsol 81), hotărârea finală pronunțată în cauza ICC 11876, iulie 2003, în ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 20 nr. 1, 2009, p. 85.

^[83] Hotărârea parțială pronunțată în cauza ICC 12907, aprilie 2005, în ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 20, nr. 1 2009, p. 98; Hotărârea intermediară pronunțată în cauza 7337 din 1996, în J.-J. Arnaldez, Y. Derains, D. Hascher (eds.) *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, Kluwer Law International 2003, pp. 308 – 320. Astfel cum reiese din cele două hotărâri menționate, problema capacității este strâns legată și de cea a persoanei care are dreptul să stea în arbitraj din partea debitorului.

arbitrale situate în Franța au decis că atât în cazul reclamantului, cât și al pârâtului în insolvență, aceștia nu își pierd capacitatea de a fi parte în arbitraj, personalitatea debitorului subzistând^[84].

– Suspendarea procedurii arbitrale

Atunci când s-au pronunțat asupra suspendării procedurii, unele tribunalele arbitrale au aplicat legea procedurii insolvenței ce se desfășura în țara unde se afla locul arbitrajului^[85], iar altele – legea de la locul arbitrajului, atunci când insolvența a fost deschisă într-o țară diferită^[86]. Există și cazuri în care tribunalele au aplicat legea procedurii insolvenței, deși insolvența fusese deschisă în altă țară decât locul arbitrajului^[87].

– Teritorialitatea legilor naționale privind insolvența

În practica ICC se remarcă o tendință a tribunalelor arbitrale de a ignora prevederile legislației naționale privind insolvența, atunci când acestea nu corespund nici locului arbitrajului și nici legislației aplicabile fondului disputei^[88].

^[84] Hotărârea pronunțată în cauza ICC 4629 din 1989, în *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, S. Jarvin, Y. Derains, J.-J. Arnaldez (editori), Kluwer Law International 1994, pp. 152 – 174; hotărârea pronunțată în cauza ICC 11123, aprilie 2002, în ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 20, nr. 1, 2009, p. 79.

^[85] Hotărâre nepublicată, *apud* F. Mantilla-Serrano, *International Arbitration and Insolvency Proceedings* în Arbitration International Vol. 11, nr. 1 din 1995, pp. 55 – 56. În acest din urmă caz implicând ca pârât o societate elvețiană intrată în insolvență, tribunalul arbitral situat în Geneva a decis suspendarea procedurii arbitrale aplicând legea elvețiană (care era și legea aplicabilă fondului disputei) – a se vedea S. Nadeau-Séguin, *op. cit.*, p. 85.

^[86] Hotărârea arbitrală pronunțată în cauza ICC 12993, ianuarie 2005, în ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 20, nr. 1, p. 105; tribunalul arbitral a continuat procedura, analizând și dispozițiile legii aplicabile insolvenței deschise împotriva pârâtului în altă țară (Coreea) decât cea a locului arbitrajului (Japonia). Tribunalul a reținut că acestea au efecte teritoriale și deci nu se aplică litigiilor sau arbitrajelor care se desfășoară în afara țării. Hotărârea arbitrală pronunțată în cauza ICC 12421, decembrie 2005, în ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 20, nr. 1, p. 88; tribunalul arbitral situat în Londra a aplicat legea de la locul arbitrajului pentru a determina efectele insolvenței deschise în Italia împotriva pârâtului, în temeiul art. 4.2 (f) și 15 din Regulamentul anterior privind insolvența; bazându-se pe jurisprudența engleză, a stabilit că dispozițiile din legea engleză a insolvenței, care reglementează suspendarea procedurilor împotriva societății în insolvență, nu se aplică și insolvențelor străine.

^[87] Hotărârea arbitrală pronunțată în cauza ICC 12805, iulie 2004, în ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 20, nr. 1, p. 97: în cauză, un tribunal arbitral situat în Paris, Franța, a analizat în ce măsură legea olandeză a insolvenței impune suspendarea arbitrajului inițiat de către o societate americană împotriva unei societăți olandeze intrată în insolvență; tribunalul a concluzionat că nu se impune suspendarea procedurii, întrucât acestea se afla aproape de final, iar într-un asemenea caz legea olandeză a insolvenței permite continuarea arbitrajului.

^[88] Hotărârea pronunțată în cauza ICC 6057 (1991), 1993 JDI 1016; hotărârea pronunțată în cauza ICC 1350 (1968), 1975 JDI 1993; hotărârea pronunțată în cauza ICC 68/1969 (1970), 1978 JDI 654; hotărârea pronunțată în cauza ICC 12993 (2005), ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 20, nr. 1; 5954 (1991), nepublicată *apud* F. Mantilla-Serrano, *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, Arbitration International Vol. 11, nr. 1 din 1995, 57; a se vedea, de asemenea, comentariile cu privire la o hotărâre nepublicată pronunțată într-o cauză ICC, în J. Rosell, H. Prager, *International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC*, în Journal of International Arbitration Vol. 18, nr. 4 din 2001, pp. 424 – 425. În speță, un tribunal arbitral situat în Paris a refuzat suspendarea procedurii arbitrale în baza legii americane a insolvenței, arătând că hotărârea instanței americane de deschidere a procedurii insolvenței împotriva pârâtei nu fusese recunoscută în Franța și nicio procedură de insolvență nu fusese inițiată în Franța.

– *Relevanța legislației statului unde hotărârea arbitrală este pusă în executare*

În fine, unele tribunale arbitrale sunt interesate în determinarea efectelor insolvenței asupra arbitrajului și de legislația statului unde sentința arbitrală va fi pusă în executare sau unde se poate solicita anularea acesteia^[89].

Concluzionând, observăm că, de regulă, tribunalele arbitrale tind să protejeze efectele convenției arbitrale și să își păstreze autonomia procedurală asupra disputei.

II. Zona de contact arbitraj – insolvență în contextul juridic românesc

Pornind de la cadrul conceptual și practic trasat în prima parte, în cele ce urmează vom trata principalele elemente care definesc zona de contact arbitraj – insolvență din perspectivă românească, urmând a analiza, în special: (i) efectele deschiderii insolvenței asupra convenției arbitrale din punct de vedere al validității sale și al arbitrabilității disputelor; (ii) dreptul debitorului în insolvență de a încheia convenții arbitrale; (iii) impactul deschiderii procedurii insolvenței de către o instanță română împotriva unei părți într-un arbitraj cu locul în România. În continuare vom prezenta (iv) jurisprudența instanțelor române și (v) practica arbitrală CACIR relevante.

II.1. Impactul deschiderii procedurii insolvenței asupra convențiilor arbitrale la care debitorul este parte. Arbitrabilitatea disputelor legate de insolvență

Legea nr. 85/2014^[90] se înscrie în rândul legislațiilor naționale aparținând statelor europene ce găzduiesc cele mai importante centre de arbitraj internațional, aceasta nereglementând încetarea efectelor convenției arbitrale încheiate de debitor anterior deschiderii procedurii de insolvență.^[91]

În lipsa unei prevederi exprese în acest sens^[92] și ținând cont de principiul potrivit căruia condițiile de validitate ale unui act se apreciază la data încheierii sale^[93], apreciem că valabilitatea și eficacitatea convenției arbitrale încheiate de debitor înainte de deschiderea procedurii insolvenței împotriva sa nu vor fi afectate^[94].

^[89] Hotărârea intermediară ICC pronunțată în cauza 10507, iulie 2002, în ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 20, nr. 1, 2009, p. 71; Hotărârea pronunțată în cauza ICC 10687, august 2003, în ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 20, nr. 1, 2009, p. 77; 2139 (1974), 1975 JDI 929; 2476 (1976), 1977 JDI 936. Într-o opinie contrară, un tribunal arbitral situat în Londra a considerat că eventuale obstacole ce ar putea interveni la executarea hotărârii arbitrale în Franța nu sunt elemente de care trebuie să țină cont pentru stabilirea competenței sale - Hotărârea pronunțată, în cauza ICC 11876, iulie 2003, în ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 20 nr. 1, 2009, p. 85.

^[90] Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență („Legea nr. 85/2014” sau „Legea insolvenței”).

^[91] *Supra*, Secțiunea I.3.

^[92] Cum este cazul, de exemplu, al fostei legislații poloneze privind insolvența; potrivit art. 142 și 147¹ din Legea poloneză a Falimentului și Reorganizării din 28 februarie 2003, convențiile arbitrale încheiate de debitor anterior intrării în insolvență nu mai produceau efecte juridice, iar arbitrajele în curs încetau. *Supra*, Secțiunea I.3, Secțiunea I.4, (i).

^[93] G. Boroș, L. Stănculescu, *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu 2012, pp. 198 – 199.

^[94] În doctrină s-a arătat că ridicarea dreptului debitorului de administrare a averii sale (denumită și *dezinvestirea* sau *desesizarea* debitorului) nu conduce la o incapacitate sau la o limitare a capacității de exercițiu, ci doar la o înlocuire a reprezentantului legal al debitorului din perioada anterioară intrării în insolvență fie cu administratorul judiciar sau lichidatorul, fie cu administratorul special. A se vedea, în acest sens: art. 85 din Legea nr. 85/2014; R. Bufan (coord. șt.),

Astfel, deschiderea procedurii insolvenței va produce efecte doar cu privire la persoana îndreptățită să exercite drepturile debitorului decurgând din convenția arbitrală, acesta fiind reprezentat în cadrul unei proceduri arbitrale de administratorul judiciar sau de lichidator^[95].

În ceea ce privește arbitrabilitatea disputelor legate de insolvență, în opinia noastră, doar acele litigii ce privesc exclusiv probleme de „esență” insolvenței vor fi considerate nearbitrabile, fiind date în competența exclusivă a instanțelor judecătorești, respectiv: deschiderea procedurii insolvenței^[96]; opozițiile la deschiderea procedurii; contestații la tabelul de creanțe, etc. În schimb, toate celelalte dispute care privesc drepturi ale debitorului în insolvență împotriva terților sau drepturi ale terților împotriva debitorului, rămân arbitrabile, în condițiile art. 542, respectiv art. 1112 din Codul de procedură civilă^[97]. Practica instanțelor naționale și cea de arbitraj intern arată că problema cel mai des supusă atenției arbitrilor din perspectiva zonei de contact arbitraj – insolvență nu constă în arbitrabilitatea disputei, ci vizează măsura suspendării procedurii arbitrale.^[98]

II.2. Încheierea convenției arbitrale de către debitorul aflat în insolvență

În general, condițiile în care debitorul aflat în insolvență poate încheia tranzacții diferite în funcție de ridicarea sau nu a dreptului de administrare. Astfel, tranzacțiile propuse de debitorul căruia nu i s-a ridicat dreptul de administrare vor fi avizate în prealabil de către administratorul judiciar, în contextul supravegherii exercitate de acesta din urmă asupra operațiunilor de gestionare a patrimoniului debitorului [art. 5 pct. 66 lit. e) din Legea nr. 85/2014]. Atunci când debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare, administratorul judiciar are dreptul de a încheia tranzacții, cu condiția confirmării de către judecătorul sindic [art. 58 alin. (1) lit. m) din Legea nr. 85/2014].

Convenția arbitrală, cum este bine știut, este un act de dispoziție^[99], astfel că va putea fi încheiată de debitor în aceleași condiții în care acesta poate încheia tranzacții^[100]. În consecință, atâta

A. Deli-Diaconescu, F. Moțiu (ed. coord.), *Tratat practic de insolvență*, Ed. Hamangiu, București 2014, pp. 334 – 356; Ghe. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, București 2008, pp. 562 – 565; I. Adam, C. N. Savu, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București 2006, pp. 361 – 369.

^[95] R. Bufan (coord. șt.), A. Deli-Diaconescu, F. Moțiu (ed. coord.), *op. cit.*, p. 340; Gh. Piperea, *op. cit.*, p. 563. Potrivit art. 412 alin. (1) pct. 6 C. pr. civ., judecarea cauzei se suspendă de drept „prin deschiderea procedurii insolvenței, în temeiul unei hotărâri judecătorești definitive, dacă debitorul trebuie reprezentat, până la numirea administratorului ori lichidatorului judiciar”. Din prevederile art. 594 alin. (1) C. pr. civ. rezultă că suspendarea de drept se aplică și în cadrul procedurii arbitrale.

^[96] A se vedea sentința nr. 319 din 24 martie 2009 pronunțată de Tribunalul Suceava, secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, prin care s-a respins excepția de necompetență teritorială invocată de pârâtă împotriva cererii de deschidere a procedurii de insolvență, invocând clauza compromisorie din contractul încheiat cu reclamanta. Sentința arbitrală nr. 131 din 9 decembrie 2014 pronunțată în dosarul nr. 53/2014 – pentru detalii, *Infra*, Secțiunea II.5.

^[97] Se recunoaște, în general, că problema arbitrabilității obiective analizată în cadrul procedurii arbitrale este guvernată de legea de la locul arbitrajului – a se vedea S. Vorburger, *International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Volume 31, Kluwer Law International 2014, p. 59, par. 184. Sentința civilă nr. 2025/2014 pronunțată de Tribunalul București, secția a VI-a civilă, disponibilă pe www.idrept.ro și www.rolii.ro

^[98] *Infra*, Secțiunea II.4 și Secțiunea II.5.

^[99] V. Roș, *Arbitrajul comercial internațional*, Regia Autonomă „Monitorul Oficial”, București 2000, p. 93. C. Florescu, *Arbitrajul comercial. Convenția arbitrală și tribunalul arbitral*, Ed. Universul Juridic 2011, p. 134.

^[100] Potrivit art. 542 alin. (1) C. pr. civ., „[p]ersoanele care au capacitate deplină de exercițiu pot conveni să soluționeze pe calea arbitrajului litigiile dintre ele, în afară de acelea care privesc starea civilă, capacitatea persoanelor, dezbaterea

vreme cât debitorului nu i s-a ridicat dreptul de administrare, acesta poate încheia convenții arbitrale, sub condiția obținerii avizului prealabil din partea administratorului judiciar. Dacă debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare, convenția arbitrală va putea fi încheiată doar de către administratorul judiciar, cu confirmarea judecătorului sindic.

II.3. Efectul deschiderii procedurii insolvenței de către o instanță română asupra unui arbitraj în curs cu locul în România

Din perspectivă românească, problema care prezintă cel mai mare interes practic pentru zona de contact insolvență – arbitraj vizează efectul pe care deschiderea procedurii insolvenței îl are asupra unui arbitraj în curs, în principal în ce măsură procedura arbitrală trebuie suspendată sau va înceta.

Suspendarea de drept a acțiunilor judiciare, extrajudiciare sau a măsurilor de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului este reglementată de art. 75 din Legea nr. 85/2014. Pentru bună regulă, amintim că, potrivit textului de lege menționat, suspendarea de drept operează de la data deschiderii procedurii, valorificarea drepturilor rezultând din acțiunile enumerate anterior putând fi realizată doar în cadrul insolvenței. Odată cu rămânerea definitivă a hotărârii de deschidere a procedurii, acțiunile judiciare sau extrajudiciare precum și executările silite suspendate încetează, o eventuală repunere pe rol fiind posibilă doar în caz de desființare a hotărârii de deschidere a procedurii, de revocare a încheierii de deschidere a procedurii sau de închiderea procedurii în condițiile art. 178 din Legea nr. 85/2014.

Așa după cum am arătat^[101], pentru a soluționa această problemă trebuie determinat, în prealabil, dacă suspendarea de drept se aplică procedurilor arbitrale, cu alte cuvinte dacă sintagma „acțiuni extrajudiciare” include și arbitrajul. Și la noi, textul de lege care reglementează suspendarea a suferit unele modificări de-a lungul timpului, relevante din perspectiva determinării sferei sale de aplicare. Astfel, potrivit art. 36 din Legea nr. 85/2006, în varianta inițială^[102] publicată în Monitorul Oficial la 21 aprilie 2006, suspendarea de drept opera cu privire la „acțiunile judiciare sau extrajudiciare”. În urma modificării intervenite prin Ordonanța de urgență nr. 173/2008^[103] începând cu 17 iulie 2009, art. 36 vorbea despre „acțiunile judiciare sau măsurile de executare silită”, argumentându-se că înlăturarea sintagmei „acțiuni extrajudiciare” și înlocuirea cu „măsuri de executare silită” se impunea întrucât acțiunile extrajudiciare nu erau definite^[104].

successorală, relațiile de familie, precum și drepturile asupra cărora părțile nu pot să dispună.” Se consideră că dreptul de a tranzacționa îl cuprinde și pe cel de a încheia o convenție arbitrală – I. Deleanu, *Noul cod de procedură civilă, Vol. I (Art. 1-621)*, Ed. Universul Juridic, București 2013, p. 738. Pentru dreptul de a încheia o convenție arbitrală ulterior deschiderii procedurii insolvenței, a se vedea și: C. Florescu, *op. cit.*, pp. 190 – 191; V. Roș, *op. cit.*, pp. 127 – 128.

^[101] *Supra*, Secțiunea I.2 (ii), (iii).

^[102] Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței („Legea nr. 85/2006”).

^[103] Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 173/2008 din 19 noiembrie 2008 pentru modificarea și completarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, publicată în M. Of. nr. 792 din 26 noiembrie 2008.

^[104] Raportul comun al Comisiei pentru politică economică, reformă și privatizare și al Comisiei juridice, de disciplină și imunități asupra proiectului de Lege din data de 23 iunie 2009 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 173/2008 pentru modificarea și completarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, pp. 46 – 47, pct. 41, disponibil aici: <http://www.cdep.ro/comisii/economica/pdf/2009/rp190.pdf> (ultima dată accesat 3 aprilie 2017). Din motivarea amendamentului se poate înțelege că acțiunile „extrajudiciare” s-ar fi referit doar la măsuri de executare silită, nu și la arbitraj.

Evident, în acest context, practica arbitrală română a fost afectată de această modificare și confruntată cu problematica noțiunii de acțiuni „extrajudiciare” ce fusese eliminată din conținutul art. 36 din Legea nr. 85/2006, punându-se sub semnul întrebării în ce măsură arbitrajele în curs mai făceau sau nu obiectul suspendării de drept. Totuși, Înalta Curte de Casație și Justiție a decis că arbitrajele nu erau excluse din sfera de cuprindere a suspendării, chiar și pe perioada în care art. 36 făcea referire doar la acțiuni judiciare și măsuri de executare silită^[105].

Prin modificarea Legii nr. 85/2006 din 2010, s-a revenit la includerea acțiunilor „extrajudiciare”^[106], în scopul art. 36 motivându-se, printre altele, ca necesară suspendarea de drept a procedurilor arbitrale, pentru evitarea tratamentului discriminatoriu între creditorii care au apelat la procedura arbitrală și cei care au apelat la instanță pentru satisfacerea creanței lor^[107].

Dezbaterile de la noi nu sunt nici străine, dar pe de altă parte nici corelate cu cele din mediul european.

În cadrul studiului intitulat „Evaluarea externă a Regulamentului nr. 1346/2000/EC privind procedurile de insolvență” realizat în anul 2011 de Universitatea Ruprecht-Karls din Heidelberg și Universitatea din Viena care cuprinde și un raport despre România^[108], s-a precizat că art. 36 din Legea nr. 85/2006 este aplicabil și arbitrajului, având în vedere că textul face referire atât la acțiuni judiciare, cât și la cele extrajudiciare^[109]. De altfel, dispozițiile legii naționale sunt mai largi decât expresia „acțiuni judiciare în curs” (*pending lawsuit*) din fostul art. 15 al Regulamentului anterior privind insolvența. De asemenea, s-a arătat că o hotărâre arbitrală pronunțată cu încălcarea art. 36 din Legea nr. 85/2006 ar putea fi anulată pentru încălcarea ordinii publice, dacă arbitrii emit hotărârea în condițiile deschiderii procedurii insolvenței împotriva pârâtului.

În fine, în literatura de specialitate, puținele opinii exprimate în legătură cu tema suspendării de drept și apartenența acestei instituții la ordinea publică nu disting între arbitraj intern și internațional^[110]. Credem că această distincție este fundamentală, cum deopotrivă susținem că soluțiile sunt evident diferite în materia suspendării, după cum arbitrajul este internațional sau național și după cum locul arbitrajului internațional este în România sau în altă țară UE, ori într-un stat terț.

[105] Decizia nr. 4130/2011 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, secția a II-a civilă.

[106] Legea nr. 169/2010 pentru modificarea și completarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, publicată în M. Of. nr. 505 din 21 iulie 2010, art. I, pct. 24.

[107] Raportul comun al Comisiei juridice, de disciplină și imunități și al Comisiei pentru politică economică, reformă și privatizare din data de 15 iunie 2010 asupra proiectului de Lege pentru modificarea și completarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, nr. PL-x 64/2010, p. 23, pct. 26, disponibil aici: <http://www.cdep.ro/comisii/economica/pdf/2010/rp064.pdf> (ultima dată accesat 3 aprilie 2017).

[108] *External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings, JUST/2011/JCIV/PR/0049/A4*, de Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Institut für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht și Universität Wien, Institut für Zivilverfahrensrecht, disponibil aici: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_insolvency_en.pdf (ultima dată accesat 3 aprilie 2017).

[109] Evaluarea Externă a Regulamentului privind Insolvența, Anexa I – Rapoarte Naționale, disponibil aici: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/annex_i_en.pdf (ultima dată accesat 3 aprilie 2017).

[110] I. Turcu, *Codul insolvenței Legea nr. 85/2014. Comentariu pe articole*, ed. 5, Ed. C.H. Beck, București 2015, p. 231; S. Cârpenaru, M.A. Hotca, V. Nemeș, *Codul insolvenței comentat*, Universul Juridic 2014, p. 231; S. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, *Noua lege a insolvenței. Legea nr. 85/2006. Comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu 2006, p. 153.

Dacă ne raportăm la ipoteza unui arbitraj intern având ca obiect realizarea unei creanțe, pe parcursul căruia împotriva părâtului se deschide procedura insolvenței de către o instanță din România, credem că tribunalul arbitral va trebui să constate suspendarea de drept în temeiul art. 75 din Legea insolvenței. Continuarea arbitrajului cu ignorarea deschiderii insolvenței ar putea rezulta în pronunțarea unei hotărâri arbitrale anulabile pentru încălcarea ordinii publice, în condițiile art. 608 alin. (1) lit. h) C. pr. civ.^[111]

Chiar dacă nu excludem existența unei interpretări restrictive potrivit căreia suspendarea procedurii arbitrale ar trebui să fie soluția și în cazul unui arbitraj internațional, considerăm că o astfel de opinie nu este susținută nici de practica arbitrală internațională, după cum am demonstrat mai sus, dar aparent, nici de practica națională recentă.^[112]

Ne menținem opinia că impactul insolvenței asupra unui arbitraj comercial internațional ar trebui să fie determinat de toate normele de ordine publică și de aplicație imediată, inclusiv de standarde transnaționale de ordine publică^[113] nu doar, în acest context, de normele de ordine publică din materia insolvenței.

În concluzie, considerăm că soluția de principiu și în acord cu legislația română, în stadiul curent de dezvoltare, nu constă în suspendarea automată a arbitrajului.

Tribunalul arbitral va trebui să analizeze, în funcție de circumstanțele cauzei, dacă prin continuarea arbitrajului se încalcă garanțiile procesul echitabil sau principiile fundamentale ale procedurii insolvenței (cum este tratamentul echitabil al creditorilor de același rang) și pe baza acestor constatări să decidă asupra suspendării cauzei.

II.4. Jurisprudența instanțelor judecătorești

Instanțele judecătorești s-au confruntat cu probleme diverse specifice zonei de contact arbitraj – insolvență. Analizăm în continuare câteva din cele mai relevante decizii.

(i) Sfera de aplicare a suspendării de drept

Notăm, cu titlu prealabil, decizia Înaltei Curți în legătură cu eliminarea sintagmei de „acțiuni extrajudiciare” din cuprinsul art. 36 din Legea nr. 85/2006, instanța stabilind că legiuitorul nu a intenționat să excludă arbitrajul din sfera de cuprindere a efectelor suspendării. În acest sens, arată Curtea, caracterul judiciar al acțiunii arbitrale nu poate fi negat, în timp ce art. 36 este considerat ca fiind de ordine publică.^[114]

^[111] Decizia nr. 4130/2011 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, secția a II-a civilă. În decizia Curții de Apel (menținută prin decizia Înaltei Curți) prin care s-a anulat o hotărâre arbitrală pentru nerespectarea art. 36 din Legea nr. 85/2006, se precizează că „dispozițiile art. 36 din Legea nr. 85/2006 constituie norme de lege cu caracter imperativ, de ordine publică, prevăzând suspendarea de drept din momentul deschiderii procedurii insolvenței.” Decizia nr. 1818/2011 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, secția de contencios administrativ și fiscal.

^[112] Sentința civilă nr. 2025/2014 pronunțată de Tribunalul București, secția a VI-a civilă, disponibilă pe www.idrept.ro și www.rolii.ro. A se vedea *Infra*, Secțiunea II.4. Instanța a concluzionat că, prin neaplicarea dispozițiilor art. 36 din Legea nr. 85/2006 de către tribunalul arbitral situat în Londra, deși împotriva părâtului se deschisese procedura insolvenței de către o instanță română pe parcursul arbitrajului, nu s-a încălcat ordinea publică de drept internațional privat român.

^[113] *Supra*, Secțiunea I.5, (i).

^[114] Decizia nr. 4130/2011 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, secția a II-a civilă. Pe parcursul procedurii arbitrale, tribunalul a respins o cerere de suspendare formulată de părâtul care intrase în insolvență, motivând că la

(ii) *Insolvența ca piedică în organizarea și desfășurarea arbitrajului. Lipsa citării pârâtei în insolvență prin administrator judiciar*

Alte probleme specifice asupra cărora s-au pronunțat instanțele includ: imposibilitatea reclamantei, aflate în insolvență, de a avansa sumele necesare în vederea satisfacerii cheltuielilor arbitrale, instanțele stabilind că această împrejurare nu reprezintă o piedică în organizarea și desfășurarea arbitrajului^[115]; lipsa citării pârâtei în insolvență prin administrator judiciar – considerată motiv de nulitate a hotărârii arbitrale^[116].

(iii) *Efectele insolvenței deschise în România asupra unui arbitraj în curs cu locul în străinătate*

Astfel cum am anticipat mai sus^[117], Tribunalul București s-a pronunțat recent în cadrul unei proceduri de *exequatur* cu privire la efectele pe care deschiderea procedurii insolvenței în România împotriva pârâtului din arbitraj le produce asupra unui arbitraj internațional pendinte, desfășurat într-un alt Stat Membru^[118]. Cererea de *exequatur* avea ca obiect o hotărâre arbitrală pronunțată în cadrul unui arbitraj internațional de către un tribunal arbitral LCIA, între o reclamantă societate elvețiană și pârâta societate română, prin care pârâta a fost obligată la plata unor sume de bani.

În timpul procedurii arbitrale, împotriva pârâtei s-a deschis procedura insolvenței de către o instanță română^[119]. Tribunalul arbitral a continuat procedura și a pronunțat o hotărâre arbitrală prin care pârâta a fost obligată la plata unor sume de bani reprezentând daune interese ca urmare a neîndeplinirii obligațiilor contractuale.

În cadrul procedurii de *exequatur* declanșate de reclamantă, pârâta a susținut că hotărârea arbitrală este contrară ordinii publice de drept român întrucât nu s-au respectat prevederile Legii nr. 85/2006 privitoare la suspendarea procedurii, iar pârâta nu a fost citată prin administrator judiciar.

Prin sentința civilă nr. 2025/2014, Tribunalul București, secția a VI-a civilă, a admis cererea de *exequatur*, arătând că „întrucât pârâta-debitoare a intrat în insolvență după declanșarea procesului în fața Curții de Arbitraj Internațional de la Londra, efectele deschiderii procedurii de insolvență asupra arbitrajului [sunt – s.n.] reglementate de legea statului în care s-a desfășurat arbitrajul.” Făcând aplicarea art. 15 din Regulamentul anterior privind insolvența, Tribunalul București arată mai departe că, „fiind vorba de un proces arbitral deja început la data deschiderii procedurii insolvenței pârâtei-debitoare, proces desfășurat într-o țară membră UE, efectele procedurii insolvenței sunt reglementate de legea acestui stat, dispozițiile art. 36 din Legea

data pronunțării hotărârii arbitrale art. 36 din Legea nr. 85/2006 făcea referire doar la „acțiuni judiciare și măsuri de executare silită”, astfel că nu se aplica și arbitrajului.

^[115] Decizia nr. 281 din 29 mai 2007 pronunțată de Curtea de Apel București, secția a VI-a comercială.

^[116] Sentința civilă nr. 34 din 20 martie 2012, Curtea de Apel București, secția a V-a civilă, menținută prin decizia nr. 3925 din 13 noiembrie 2013 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, secția a II-a civilă; a se vedea și sentința arbitrală nr. 198 din 13 octombrie 2011, cu opinie separată, pronunțată în dosarul nr. 284/2009, în M. Voicu, *Arbitrajul comercial. Jurisprudență adnotată și comentată 2004-2014*, Ed. Universul Juridic, București 2014, pp. 220 – 221.

^[117] *Infra*, Secțiunea I.2 (iii).

^[118] Sentința civilă nr. 2025/2014 pronunțată de Tribunalul București, secția a VI-a civilă.

^[119] Din datele speței nu rezultă dacă pârâta a invocat dispozițiile Legii nr. 85/2006 în fața tribunalului arbitral sau dacă acestea au fost invocate pentru prima dată în procedura de *exequatur*.

nr. 85/2006 nefiind incidente, astfel că, din această perspectivă nu există nicio încălcare a ordinii de drept internațional privat român.”

Totodată, Tribunalul București a reținut că drepturile celorlalți creditori nu au fost încălcate, întrucât reclamanta a formulat declarație de creanță în cadrul procedurii de insolvență. O altă concluzie relevantă privește competența instanței române care a deschis procedura insolvenței, Tribunalul București arătând în acest sens că „aceasta are competența exclusivă să soluționeze cererile creditorilor formulate în dosarul de insolvență, nu și cererile creditorilor care fac deja obiectul unui litigiu aflat [pe – s.n.] rolul unei instanțe arbitrale într-un stat membru, la data deschiderii procedurii insolvenței.”

Concluzionând cu privire la practica judecătorească relevantă, nu am identificat hotărâri judecătorești în care instanțele să rețină că suspendarea de drept operează și în cazul arbitrajului internațional.

II.5. Sumar de practică arbitrală locală relevantă

În urma unui studiu de practică arbitrală ce a cuprins aproximativ 650 sentințe arbitrale pronunțate în perioada 2012 – septembrie 2015 în arbitraje administrate de Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României („CACIR”), am identificat 15 sentințe arbitrale relevante pentru temă în general, din care 10 sentințe care abordează în mod particular relația arbitraj-insolvență. Acestea din urmă sunt prezentate mai jos.

Am constatat că, atunci când au fost confruntate cu insolvența deschisă de o instanță română împotriva unei părți în arbitraj, principalul aspect analizat în cadrul arbitrajelor CACIR a vizat necesitatea suspendării procedurii arbitrale. În acest sens, cel mai important factor pare să fi fost obiectul acțiunii arbitrale. Au existat, deopotrivă, și situații în care tribunalele arbitrale au fost nevoite să se pronunțe cu privire la efectele insolvenței deschise într-un stat străin.

Sumarizăm, în cele ce urmează, câteva din sentințele arbitrale relevante din perspectiva zonei de contact arbitraj-insolvență.

(i) Aplicarea Regulamentului privind insolvența

În cazul unui arbitraj în care pârâta – societate de naționalitate germană – se afla în insolvență la data inițierii arbitrajului, tribunalul arbitral a respins excepția inadmisibilității invocată de aceasta^[120]. În motivare, tribunalul a reținut că tranzacția pe care se întemeia cererea de arbitrare a fost încheiată între părțile litigante în timp ce societatea germană se afla deja în insolvență, aceasta din urmă nefiind radiată din Registrul Comerțului și formulând chiar o cerere de arbitrare în fața CACIR. Mai mult decât atât, administratorul judiciar nu ar fi ridicat obiecțiuni referitoare la asumarea obligației de plată de către debitoare printr-o tranzacție extrajudiciară.

Prin opinie separată, unul dintre arbitri a considerat că excepția inadmisibilității trebuia admisă în temeiul art. 4 alin. (1) și (2) din Regulamentul anterior privind insolvența, arătând că art. 15 nu este aplicabil întrucât arbitrajul nu se afla în curs de soluționare la data deschiderii procedurii insolvenței. În același timp, arbitrul a invocat efectul transfrontalier al hotărârii de deschidere

^[120] Sentința arbitrală nr. 80 din 8 iulie 2015 pronunțată în dosarul nr. 66/2014.

a insolvenței pronunțate în Germania și prevederile dreptului german potrivit căruia acțiunile individuale ale creditorilor în afara procedurii insolvenței sunt inadmisibile.

Credem și noi, împreună cu autorul opiniei separate, că opțiunea pentru *lex concursus* în acest caz este justificată.

(ii) Obiectul acțiunilor supuse suspendării

În ceea ce privește obiectul acțiunilor care sunt supuse măsurii suspendării în temeiul legislației insolvenței, s-a decis că o acțiune având ca obiect constatarea prejudiciului cauzat de pârâta intrată în insolvență pe parcursul arbitrajului nu va fi suspendată potrivit articolului 36 din Legea nr. 85/2006^[121]. În același sens a decis un tribunal arbitral cu privire la o cerere de arbitrare prin care s-a solicitat restituirea unor echipamente aflate în posesia pârâtei, în temeiul unui contract prin care reclamanta își păstra dreptul de proprietate asupra echipamentelor livrate până când pârâta achita integral prețul acestora^[122]. În cazul unei cereri prin care s-a solicitat constatarea intervenirii compensației legale, tribunalul arbitral a considerat că nu este supusă suspendării întrucât nu este o acțiune în realizare^[123]. Într-o altă speță, capetele de cerere având ca obiect rezoluțiunea unui contract de subantrepriză și restituirea a două scrisori de garanție bancară nu au fost supuse măsurii suspendării ca urmare a insolvenței societății pârâte, spre deosebire de capătul privind plata de daune-interese care a fost suspendat de drept^[124].

Disputele arbitrale având ca obiect plata unor sume de bani au fost, ca regulă, suspendate de tribunalele arbitrale^[125], aceeași măsură fiind dispusă când societatea pârâtă se afla deja în insolvență la data inițierii arbitrajului^[126].

(iii) Nearbitrabilitatea disputelor care țin de esența insolvenței

Într-o cauză în care problema centrală a disputei a fost posibilitatea de a formula o cerere de deschidere a insolvenței întemeiate pe Legea nr. 85/2006 în fața tribunalului specializat deși între părți exista o clauză compromisorie, tribunalul arbitral a arătat că procedura insolvenței este una specială, fiind reglementată de norme imperative, procedurile prevăzute de Legea nr. 85/2006 sunt de competența exclusivă a judecătorului sindic, neputând fi soluționate prin arbitraj.^[127]

Cu titlu de concluzii, notăm că practica arbitrală CACIR în zona de contact arbitraj-insolvență este unanimă în a indica, fără rezerve, opțiunea arbitrilor pentru a suspenda procedura arbitrală în cazul unui arbitraj local, atunci când împotriva pârâtului s-a deschis insolvența de către o

^[121] Sentința arbitrală nr. 62 din 28 mai 2015 pronunțată în dosarul nr. 15/2013.

^[122] Sentința arbitrală nr. 103 din 7 octombrie 2014 pronunțată în dosarul nr. 3/2014.

^[123] Sentința arbitrală nr. 1 din 7 ianuarie 2014 pronunțată în dosarul nr. 206/2011.

^[124] Sentința arbitrală nr. 199 din 29 octombrie 2012 pronunțată în dosarul nr. 278/2007.

^[125] Sentința arbitrală nr. 73 din 23 aprilie 2013 pronunțată în dosarul nr. 404/2010; sentința arbitrală nr. 20 din 14 februarie 2012 pronunțată în dosarul nr. 236/2010, cu mențiunea că, în acest caz a fost suspendată soluționarea cererii reconvenționale în integralitatea sa, inclusiv capătul având ca obiect constatarea intervenirii rezilierii contractului încheiat între părți.

^[126] Sentința arbitrală nr. 182 din 8 octombrie 2012 pronunțată în dosarul nr. 68/2012; sentința arbitrală nr. 186 din 9 octombrie 2012 pronunțată în dosarul nr. 67/2012.

^[127] Sentința arbitrală nr. 131 din 9 decembrie 2014 pronunțată în dosarul nr. 53/2014.

instanță română, iar acțiunea arbitrală îndreptată împotriva acestuia se încadrează în cele supuse suspendării de drept.

În ce privește arbitrajul internațional, nu am identificat cazuri care să invalideze teza noastră generală, potrivit căreia suspendarea este o opțiune la îndemâna arbitrilor, condiționată doar de principii fundamentale, definitorii ale regimului insolvenței.

III. Concluzii

Interfața arbitraj-insolvență generează arbitrilor probleme complexe, a căror dezlegare adecvată nu se regăsește integral în normele care reglementează conflictul de legi de la locul arbitrajului.

Având în vedere natura intereselor aflate în conflict, precum și stadiul actual de dezvoltare a ordinii comerciale și financiare transnaționale, considerăm că soluția constă în echilibrarea principiilor insolvenței cu interesele private protejate în arbitraj, urmând a acorda preferință celor dintâi doar în măsura în care ignorarea lor ar conduce la o încălcare gravă a drepturilor protejate.

Într-adevăr, indiferent de locul deschiderii procedurii insolvenței, în cadrul unui arbitraj internațional, arbitrii trebuie să fie preocupați de respectarea principiului egalității între creditori și de garantarea unui proces echitabil față de debitorul aflat în insolvență. În fapt, efectele insolvenței asupra arbitrajului sunt astfel determinate nu de legi imperative sau norme de aplicație imediată, ci de standarde transnaționale de ordine publică.

În linie cu tendința curentă în practica arbitrală internațională – aceea de salvagardare a convenției arbitrale și de protejare a autonomiei arbitrajului în contextul insolvenței – considerăm că și arbitrajul internațional desfășurat în România beneficiază de un grad ridicat de autonomie în raport cu regimul insolvenței.

În cazul concret al procedurilor paralele, considerăm că soluția de principiu, de altfel în deplin acord cu legislația română și jurisprudența națională actuală, în stadiul curent de dezvoltare, nu constă în suspendarea automată a arbitrajului.

Tribunalul arbitral va trebui să analizeze, în funcție de circumstanțele cauzei, dacă prin continuarea arbitrajului se încalcă garanțiile procesul echitabil sau principii fundamentale ale procedurii insolvenței (cum este tratamentul echitabil al creditorilor de același rang) și pe baza acestor constatări să decidă asupra suspendării cauzei.