

REVISTA ROMÂNĂ DE
DREPT AL AFACERILOR

ROMANIAN BUSINESS LAW REVIEW

6/2017

Revista Pandectele Române este o revistă indexată în baze de date internaționale (EBSCO, ProQuest, HEINONLINE).

Romanian Pandects is indexed in international databases (EBSCO, ProQuest, HEINONLINE).



	<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 © 2017 – 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

Avocat Cornel POPA

Lect. univ. dr. Sergiu GOLUB

Conf. univ. dr. Luminița TULEAȘCĂ

Consilier juridic, dr. Dragoș CĂLIN

COLABORATORI PERMANENȚI

Avocat dr. Sebastian BODU, MBA

Avocat Andreea LISIEVICI

Cuprins

NOUTĂȚI

11 Selecție de noutăți legislative din perioada 01.0.2017-31.11.2017

DREPT EUROPEAN

21 **Florian NIȚU, Alexandru STAN**

Dreptul european al concurenței în dosare de arbitraj comercial internațional ICC

ARBITRAJ

41 **Daniel-Mihail ȘANDRU**

Elemente esențiale ale noilor Reguli de procedură ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României

DREPT SOCIETAR

51 **Sebastian BODU**

Organul administrativ și reprezentarea legală a societății comerciale

DREPT FISCAL

73 **Dan-Adrian CĂRĂMIDARIU**

Noile reglementări în materia conturilor de plăți cu servicii de bază. Câteva considerații cu privire la Legea nr. 258/2017

93 **Tanți ANGHEL**

Nașterea creanței fiscale – Partea I

INSOLVENȚĂ

107 **Ioan ADAM**

Cererea de admitere a creanțelor la masa credală. Înscrierea în tabelul definitiv a creanțelor beneficiare a unei cauze de preferință

DREPT BURSIER

123 **Raluca PAPADIMA**

Concentration des bourses et des autres infrastructures de marché européennes

151 **MONITORUL FISCAL**

173 **MONITORUL FUZIUNILOR & ACHIZIȚIILOR**

SINTEZE DE JURISPRUDENȚĂ

181 **Dragoș CĂLIN**

Societate pe acțiuni. Autorizarea convocării adunării generale a acționarilor acordată de către instanță acționarului majoritar

195 **Dragoș CĂLIN**

Societate pe acțiuni. Revocarea administratorului executiv. Just motiv – revocarea mandatului pentru pretinsa activitate necorespunzătoare desfășurată în cadrul unei filiale a societății.

211 **Bogdan NAE**

Dreptul internațional privat și protecția datelor cu caracter personal: hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza *Maximilian Schrems împotriva Facebook Ireland Limited*

DEZLEGARE CHESTIUNI DE DREPT

227 Selecție de decizii pronunțate de Completele Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în perioada 1.06 – 31.12.2017

233 **PRACTICĂ NEUNITARĂ A CURȚILOR DE APEL**

NEWS

11 Legislative News Selection: October – November, 2017

EUROPEAN LAW

21 **Florian NIȚU, Alexandru STAN**
European Competition Law in ICC International Commercial Arbitration Cases

ARBITRATION

41 **Daniel-Mihail ȘANDRU**
Essential elements of the new Rules of Procedure of the Court of International Commercial Arbitration attached to the Chamber of Commerce and Industry of Romania

COMPANIES LAW

51 **Sebastian BODU**
Administrative Board and the legal representation of the company

TAX LAW

73 **Dan-Adrian CĂRĂMIDARIU**
New regulations on basic payment accounts. Some considerations regarding the Law no. 258/2017

93 **Tanți ANGHEL**
The Rise of the Tax Claim

INSOLVENCY

107 **Ioan ADAM**
The Claim Admittance Request. Registration into the Final Table of a Debt Beneficiary of a Cause of Preference

STOCK EXCHANGE LAW

123 **Raluca PAPADIMA**
Concentration of stock exchanges and other European market infrastructures

151 **FISCAL MONITOR**

173 **MERGERS & ACQUISITIONS MONITOR**

CASE LAW SYNTHESIS

181 **Dragoș CĂLIN**
Joint stock company. Authorization to convene the general meeting of shareholders given by the court to the majority shareholder

195 **Dragoș CĂLIN**

Joint Stock Company. Revoking of the Executive Manager. Just reason - the revocation of the mandate for the alleged inappropriate activity carried out within a subsidiary of the company.

211 **Bogdan NAE**

Private international law and the protection of personal data: Court of Justice of the European Union in case against Facebook Ireland Limited Maximilian Schrem

ISSUES OF LAW

227 Selection of decisions delivered by the High Court of Cassation and Justice for the resolution of certain issues of law during June - December, 2017

233 **NON-UNITARY PRACTICE OF COURTS OF APPEAL**

Dreptul european al concurenței în dosare de arbitraj comercial internațional ICC

Florian NIȚU

avocat, managing partner Popovici Nițu Stoica & Asociații

Alexandru STAN

avocat, Popovici Nițu Stoica & Asociații

ABSTRACT

One of the fundamental questions for the international commercial arbitration practice, at least in the most renowned European arbitration centres, is to what extent the international arbitrators have a duty to acknowledge an imperative, public law-based character of the European competition law provisions.

Certainly, the question may prompt a variety of approaches – theoretical, empirical, targeted or holistic, in a global or exclusively European context, from a local or transnational perspective, etc. – to mention just some of the alternatives for structuring the support analysis.

For the purpose of the study underpinning this paper we have employed empirical methods, at the same time narrowing our investigation to the arbitral practice under the auspices of the ICC. Despite this limitation, our research gathered comprehensive data, and we believe that the information compiled herein grants plausibility to the answer we put forward.

Our analysis of 60 arbitral cases reveals four discourses employed by arbitrators to justify their powers and obligations to apply public policy and imperative law, beyond parties' will or bargain: (i) by reference to a certain municipal law, (ii) invoking the will of the parties to opt in for arbitration, (iii) relying on their duty to make best efforts in order to produce an enforceable award, and (iv) assuming that arbitrators act as overseers of competition policy objectives, as agents of states.

We find that none of the theoretical models stands on a convincing theoretical platform, as the arbitrators only hint at the foundation of their decision surrounding the imperative character of European competition law

Keywords: *arbitration, European competition law, amiable compositeur, public order*

REZUMAT

Una dintre întrebările fundamentale pentru practica arbitrajului comercial internațional, cel puțin în centrele europene de arbitraj cele mai cunoscute, este în ce măsură sunt arbitrii internaționali *obligați* să recunoască un caracter imperativ, de drept public, normelor de drept european al concurenței.

De bună seamă, întrebarea poate fi abordată diferit – teoretic, empiric sau normativ, punctual sau holistic, în context global sau exclusiv european, din perspectivă locală sau transnațională, ș.a.m.d. – pentru a menționa doar câteva din posibilitățile de structurare a analizei suport.

Pentru scopurile studiului care stă la baza acestui material am folosit metode empirice, limitându-ne totodată investigația la practica arbitrală înregistrată sub autoritatea ICC. Chiar cu această limitare, cercetarea noastră a adunat date cuprinzătoare și, suntem încredeți, datele aici rezumate conferă plauzibilitate răspunsului pe care îl propunem.

Cuvinte-cheie: *arbitraj, drept european al concurenței, amiable compositeur, ordine publică*

Legislație relevantă: TFUE, art. 101

I. Sumar executiv

O analiză a practicii arbitrale sub imperiul ICC din ultimii 50 de ani^[1] relevă aproape 60 de cauze în legătură directă sau incidentală cu materia dreptului concurenței al Uniunii Europene.

În cadrul unei cercetări efectuate pe surse secundare, publice, am identificat 44 de cauze în care problema potențialei încălcări a dreptului european al concurenței a fost ridicată în mod expres – ca argument juridic – de către una sau mai multe din părți sau de către însuși tribunalul arbitral, în toate aceste cazuri problema fiind, deci, prezentată tribunalului într-un fel sau altul.

Din cele 44 menționate, în 33 din cauze problema încălcării cadrului juridic al dreptului european al concurenței a fost ridicată de o parte (împotriva celeilalte), în timp ce în 11 cazuri tribunalele arbitrale au asumat un rol activ, formulând-o sub diverse forme, fie ca drept obligatoriu al Uniunii Europene de care tribunalul este ținut, ori ca o simplă întrebare adresată părților.

Într-adevăr, din cele 11 cauze în care tribunalul a evaluat dacă are datoria de a ridica aplicabilitatea dreptului european al concurenței el însuși, doar în patru^[2] din aceste cauze tribunalele au decis să

^[1] O primă cauză relevantă pentru această problemă datează încă din 1964-1966, a se vedea Sentința Finală nr. 1397 din 1966, publicată în *Journal du Droit International* (1974), 879-882.

^[2] Acestea sunt (1) Sentința Finală în Cauza ICC nr. 2811 din 1978, publicată în *Journal du Droit International* (1979), 983-986; (2) Sentința Parțială în Cauza ICC nr. 4132 din 1983, publicată în *Yearbook Commercial Arbitration* Vol. X (1985), 49-51; (3) Sentința Finală în Cauza ICC nr. 7181 din 1992, publicată în *ICC Bulletin* Vol. 6 No. 1 (1995), 55-57; (4) Sentința Finală în Cauza ICC nr. 7315 din 1992, publicată în *ICC Bulletin, Special Supplement* (1994), 42.

ridice efectiv problema *ex officio*, într-o manieră directă, în timp ce în numai trei cauze tribunalele au dat curs argumentului privind dreptul Uniunii Europene independent de sau chiar împotriva poziției părților. Remarcabilă în acest sens este *Cauza ICC nr. 7181 din 1992*, în care reclamantul a argumentat că interpretând contractul disputat într-un anumit sens l-ar duce în sfera contrară art. 85 și 86 ale Tratatului de la Roma, menționând expres, totodată, că nu intenționa să conteste validitatea unor anumite clauze de neconcurență încorporate în respectivul contract. Totuși, tribunalul a decis să examineze dacă acea clauză se încadra în dreptul european al concurenței, în pofida susținerilor reclamantului.

În celelalte șapte cauze^[3], tribunalele arbitrale au adoptat o poziție foarte nuanțată și abilă, examinând dreptul obligatoriu al Uniunii Europene ca pe o problemă de competență, admisibilitate sau arbitrabilitate. Tribunalele au luat în considerare de asemenea aspecte de drept obligatoriu (ca parte a dreptului aplicabil pe fond), mijloace de probă, conduita părților și, mai strategic, perspectiva mai generală a proiectului Uniunii Europene și a relevanței dreptului UE, în contextul global al cauzei.

De exemplu, ca expresie a deferenței generale față de UE, în *Cauza ICC nr. 6503 din 1990*^[4], în care reclamantul a cerut anularea contractului pe motiv de încălcare a dreptului european al concurenței, însă abia după încheierea Termenilor de Referință ai arbitrajului, tribunalul a acordat oricum o atenție deosebită cererii. Astfel, după respingerea cererilor ca fiind pretenții noi și neautorizate, arbitrii au constatat că au datoria de a lua în considerare dreptul european al concurenței, acționând ca *amiable compositeur*.

Din cele șapte cauze menționate, vom face inițial referire la ceea ce se deosebește ca abordare standard, manifestată în *Cauza ICC nr. 7673 din 1993*^[5], unde tribunalul a confirmat susținerile pârâtului că înțelegerea părților încălca dreptul european al concurenței, dar a hotărât că nu are misiunea de a efectua investigații *ex officio* în lipsă de dovezi pertinente. Prin urmare, a afirmat competențele arbitrilor de a aborda apărarea UE în termeni destul de vaști (ca un aspect de competență, de admisibilitate, de îndreptățire de a aborda dreptul sau politicile obligatorii), dar în egală măsură a menținut ca principiu de strictă aplicare ideea că tribunalele sunt limitate la susținerile părților și probatoriul cauzei.

În alte cazuri, cum ar fi *Cauza ICC nr. 8423 din 1998*^[6], confruntat cu susținerea pârâtului că înțelegerea părților ar fi fost nulă pe motiv că ar fi încălcat art. 85 din Tratatul de la Roma, un

[3] Acestea sunt (1) Sentința Finală în Cauza ICC nr. 6503 din 1990, publicată în *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995* Vol. III (1997), 613-618; (2) Sentința Finală în Cauza ICC nr. 7539 din 1995, publicată în *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*. Vol. IV (2002), 445-451; (3) Sentința Parțială în Cauza ICC nr. 7673 din 1993, publicată în *ICC Bulletin* Vol. 6 No. 1 (1995), 57-59; (4) Sentința Finală în Cauza ICC nr. 8423 din 1998, publicată în *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007*. Vol. V (2009), 39-52; (5) Sentința Provizorie în Cauza ICC nr. 9347 din 2000, Hilbig, K. *Das Gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot im Internationalen Handelsschiedsverfahren: Anwendung und Gerichtliche Kontrolle*. 2006. München: C.H. Beck, fn. 740 și p. 139; (6) Sentința Finală în Cauza ICC nr. 10694 din 2002, Hilbig, K. *Das Gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot im Internationalen Handelsschiedsverfahren: Anwendung und Gerichtliche Kontrolle*. 2006. München: C.H. Beck, fn. 908 și p. 139 și (7) Sentința Parțială în Cauza ICC nr. 11018 din 2002, nepublicată, sursa informației privind sentința: Acțiunea în anulare în fața Curții de Apel Paris, *SNF c/CYTEC*, judecata din 23 martie 2006, publicată în *Yearbook Commercial Arbitration* Vol. XXXII (2007) 282-289.

[4] Sentința Finală în Cauza ICC nr. 6503 din 1990, publicată în *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995* Vol. III (1997), 613-618.

[5] Sentința Parțială în Cauza ICC nr. 7673 din 1993, publicată în *ICC Bulletin* Vol. 6 No. 1 (1995), 57-59.

[6] Sentința Finală în Cauza ICC nr. 8423 din 1994, publicată în *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007*. Vol. V (2009), 39-52.

tribunal a calificat argumentul UE ca fiind o problemă de arbitrabilitate și a ajuns la concluzia că arbitrii sunt obligați să examineze aplicarea dreptului european al concurenței și să ridice problema *ex officio*, asumând că testul arbitrabilității este trecut cu succes.^[7]

Mai mult, sunt cazuri precum *Cauza ICC nr. 9347 din 2000*^[8], în care tribunalele doar au pus în discuția părților aspectul caracterului obligatoriu al dreptului european al concurenței, dar în cele din urmă la judecarea cauzei nu au tranșat subiectul. În mod cert, există o mulțime de alte situații în care toți cei implicați, părți și tribunale asemenea, au adoptat o abordare fundamentată pe dreptul Uniunii Europene.

Este adevărat că în acele cazuri în care inițiativa a aparținut părților care indicau cu înverșunare problema – cum ar fi în *Cauza ICC nr. 10694 din 2002*^[9] – tribunalele au adoptat de asemenea o viziune mai activistă spre a constata în cele din urmă că, pe baza supremației dreptului UE, normele în materie de concurență trebuie aplicate de către tribunal *ex officio*.^[10] Aceeași poziție a fost adoptată în foarte cunoscuta *Cauză ICC nr. 11018 din 2002*^[11], între *SNF* și *CYTEC*, unde pârâtul a susținut în fața tribunalului nulitatea contractului fundamentată pe încălcarea art. 81 și 82 din Tratatul Comunității Europene, însă tribunalul a hotărât că astfel de aspecte trebuie în orice caz examinate din oficiu.^[12]

În cele din urmă, există cazuri, de tipul cărora am identificat un număr de patru^[13], unde problema aplicabilității dreptului european al concurenței a fost examinată în detaliu de către tribunal, iar deciziile au fost luate în sensul respectării politicii UE și a intereselor legii obligatorii. Totuși, în hotărârea arbitrală sau în ordinele procedurale ale tribunalului nu au fost furnizate informații concludente în legătură cu sursa puterilor pe care arbitrii le-au exercitat în acest sens.

Având în vedere cele de mai sus, propunem ca o concluzie preliminară că practica arbitrală instituționalizată din ultimele cinci decenii, susținută de numeroase cauze ICC, pare să indice că obiectivele fundamentale ale normelor de concurență și controlul fuziunilor ale dreptului Uniunii Europene sunt tratate în general de către arbitri ca aspecte de politică publică, iar în

^[7] Prima întrebare pentru Tribunalul arbitral este dacă disputele privind aplicarea dreptului comunitar al concurenței sunt arbitrabile. Din moment ce legislația comunitară ține de politica publică internațională, Tribunalul Arbitral trebuie să examineze această problemă din oficiu, chiar dacă părțile nu ridică obiecții – formularea Tribunalului Arbitral din Sentința Finală în Cauza ICC nr. 8423 din 1994, publicată în *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007*. Vol. V (2009), 41.

^[8] Sentința Provizorie în Cauza ICC nr. 9347 din 2000, Hilbig, K. *Das Gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot im Internationalen Handelsschiedsverfahren: Anwendung und Gerichtliche Kontrolle*. 2006. München: C.H. Beck, fn. 740 și p. 139.

^[9] Sentința Finală în Cauza ICC nr. 10694 din 2002, Hilbig, K. *Das Gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot im Internationalen Handelsschiedsverfahren: Anwendung und Gerichtliche Kontrolle*. 2006. München: C.H. Beck, fn. 908 și p. 139.

^[10] A se vedea, de asemenea, comentariul din Landolt, P. Blanke, G. *EU and US Antitrust Arbitration*. Vol. 2. 2011. Kluwer Law International, p. 2087.

^[11] A se vedea Acțiunea în anulare în fața Curții de Apel Paris, *SNF c/CYTEC*, judecata din 23 martie 2006, în *Yearbook Commercial Arbitration* Vol. XXXII (2007) 282-289.

^[12] A se vedea, de asemenea, comentariul din Landolt, P. Blanke (*op. cit.*), p. 2087.

^[13] Acestea sunt (1) Sentința în Cauza ICC nr. 2279 din 1973, Idot, L. *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*. 1981; (2) Sentința Finală în Cauza ICC nr. 6778 din 1996, Hilbig, K. *Das Gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot im Internationalen Handelsschiedsverfahren: Anwendung und Gerichtliche Kontrolle*. 2006. München: C.H. Beck, fn. 740; (3) Sentința Finală în Cauza ICC nr. 7945 din 1995, publicată în *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI, în Cahiers de l'arbitrage, Gazette du Palais* (mai 2003), 6/(Vol. II 2004, 249-250); și (4) Sentința Finală în Cauza ICC nr. 8404 din 1998, Hilbig, K. *Das Gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot im Internationalen Handelsschiedsverfahren: Anwendung und Gerichtliche Kontrolle*. 2006. München: C.H. Beck, p. 126 și 131 et seq.

anumite cazuri chiar ca *ordre public* prioritară aplicată în mod expres din oficiu și, în mod decisiv, independent de susținerile părților. Într-adevăr, în cel puțin trei cauze^[14] tribunalele s-au opus susținerilor părților atunci când au acordat prevalență dreptului concurenței al UE.

În toate celelalte cauze, tribunalele au examinat argumentul UE, au verificat dacă aveau datoria de a-l aplica sau nu și au luat hotărâri diverse, precum de a refuza să ia o decizie pe motive procedurale sau de fond, sau să decidă prin hotărâri parțiale sau finale, atât în sensul de a admite, cât și de a respinge pe fond pretențiile sau apărările privind dreptul european al concurenței.^[15]

Cauzele relevante sunt discutate în cele ce urmează.

II. Analiza Dosarelor Relevante

Am selectat aproximativ 20 de cauze în care a fost pusă în discuție poziția privind funcționarea și efectele dreptului UE al concurenței ca drept obligatoriu sau de politică publică. Le vom discuta succint mai jos, prin referire la două mari categorii în care cazurile se grupează în mod natural.

Într-adevăr, aceste categorii de cauze sunt perceptibile ca fiind caracteristici ale dezvoltării practicii arbitrale și grupează distinct, într-un prim lot, dosare cu o legătură puternică cu UE și proiectul European, iar dosare cu o mai slabă conexiune cu acestea într-un lot secund.

În cadrul acestor categorii se pot separa, pe de-o parte, ceea ce numim tribunale „Euro-părintoare” sau chiar unele „Euro-activiste”, de tribunale mai autonome care recunosc normele europene obligatorii de concurență doar ca pe o problemă de politică publică (transnațională) sau standarde de protecție minimală, pe de altă parte.

Cu toate acestea, în ambele categorii considerentul privind politica publică UE a fost abordat în moduri similare, inclusiv în cauzele în care hotărârile au fost luate pe bază de competență și admisibilitate și în cele în care deciziile au fost fundamentate pe dreptul material, standardele de analiză variind de la restrâns până la detaliat și sofisticat.

II.1. Cauze puternic legate de Uniunea Europeană

În primul rând, gradul de conexiune cu piața internă, prin raportare la locul de înființare al părților, la întinderea teritorială a înțelegerii lor, la locul arbitrajului și la naționalitatea arbitrilor, pentru a da câteva exemple, s-a dovedit decisiv pentru tribunale în decizia lor de a menține sau, dimpotrivă, de a respinge pretențiile și argumentele bazate pe dreptul UE.

În contextul arbitrajului intracomunitar, tribunalele au asumat, în general (și din punct de vedere istoric), un rol mai proactiv, mai ales în cazurile în care impactul tangibil al aranjamentelor părților asupra libertății concurenței pe piața internă a fost transpus în (sau a fost posibil prin) o relație contractuală evident dezechilibrată.

^[14] Respectiv Sentințele ICC nr. 4132, 7181 și 8423, discutate în cele ce urmează.

^[15] Exemple precum Sentințele ICC nr. 6503, 7673 și 7945, discutate în cele ce urmează.

În această categorie de cauze aflate într-o legătură strânsă cu UE, tribunalele au fost fie *Euro-părtinitoare* sau *Euro-activiste*. Vom expune în continuare o serie de astfel de cauze care ilustrează profilurile menționate și merită analizate.

(i) Tribunalele Euro-părtinitoare

Tribunalele Euro-părtinitoare le preced pe cele Euro-activiste, întrucât prima categorie poate fi sesizată în cauze încă din anii '80 și '90, pe când cele activiste au câștigat teren abia în ultimele două decenii. În egală măsură, ca rezultat al expansiunii și integrării Uniunii Europene, în timp ce tribunalele Euro-părtinitoare erau mai puțin probabile să se preocupe de complexitățile dreptului concurenței și să decidă asupra problemelor mai mult pe bază de politici când faptele o permiteau, tribunalele Euro-activiste sunt mai dispuse să efectueze o analiză detaliată, permisivă cu admisibilitatea Euro-apărărilor, iar în general mai puțin timide față de chestiunile tehnice.

În această privință, sugerăm să luăm ca exemplu *Cauza ICC nr. 8423*^[16], care privește un litigiu rezultat dintr-un consorțiu de exploatare a unei instalații, încheiat în exclusivitate între o societate portugheză și două societăți franceze, aceasta din urmă acționând într-o relație mamă-filială. Ca și în multe alte cazuri, în apărarea împotriva unei pretenții de executare a contractului, pârâțul a susținut nulitatea acordului bazată pe încălcarea art. 85 din Tratat. Tribunalul situat în Bruxelles, Belgia, a analizat prima dată problema în contextul arbitrabilității disputelor europene în materie de concurență și a constatat că, din moment ce „dreptul comunitar se referă la ordinea publică internațională, Tribunalul Arbitral trebuie să examineze această problemă din oficiu, chiar dacă părțile nu ridică obiecții”. După ce a decis că disputa era arbitrabilă, tribunalul a examinat dacă acordul a încălcat într-adevăr art. 85 din Tratat. Acesta a hotărât că acordul nu a avut un impact semnificativ asupra concurenței, în considerarea faptului că niciuna dintre părți nu a fost bine plasată pe piață și cu atât mai puțin că nu erau concurenți la momentul încheierii acordului.

Abordarea a fost similară în *Cauza ICC nr. 10704*^[17], unde o clauză de neconcurență între diferite companii înființate în diferite țări ale UE a fost testată sub lumina legislației franceze și a UE în contextul unei fuziuni a uneia dintre părțile contractante. În cazul menționat, reclamantii – care au asumat o serie de angajamente cantitative față de pârâți ca o condiție pentru intrarea pe piețele celor din urmă – au susținut că o fuziune ulterioară a pârâților a încălcat clauza contractuală de neconcurență. Pârâții, la rândul lor, au ridicat o Euro-apărare indicând că, în cazul în care clauza de neconcurență ar fi interpretată ca o restricție la fuziunea lor corporativă, atunci o astfel de clauză ar fi contrară art. 81 din Tratatul CE. Într-adevăr, astfel cum au susținut pârâții, clauza de neconcurență ar fi putut fi interpretată numai restrictiv și, prin urmare, a reprezentat o derogare admisibilă de la dispozițiile Tratatului privind libera concurență. În plus, reclamantii au susținut că clauza de neconcurență era permisă deoarece nu avea niciun efect semnificativ asupra concurenței.

Aici, tribunalul s-a implicat deosebit de activ în problemele legate de legislația UE și s-a angajat în considerații generale legate de activitățile globale ale părților, experiențele lor zilnice cu probleme de concurență din diferite jurisdicții, numele lor comerciale și volumul comerțului.

^[16] Sentința Finală pronunțată în 1994. Extras publicat în Arnaldez, J.-J. Derains, Y. Hascher, D. *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007*. Vol. V. 2009. Kluwer Law International, pp. 39-52.

^[17] Sentințe Parțiale pronunțate în septembrie 2000/februarie 2001. Extras publicat în *ICC Bulletin Vol. 14 No. 2* (2003), pp. 66-77.

În acest context, tribunalul a constatat că clauza de neconcurență – așa cum a fost formulată și prezentată de reclamanți – a fost într-adevăr de natură să încalce legislația europeană a concurenței, în special din cauza duratei sale lungi, și din aceste motive a declarat-o nevalabilă, ca fiind contrară art. 81 alin. (2). Interesant este faptul că, sub umbrela principiului bunei-credințe, cerând părților contractante să negocieze și să înlocuiască prevederile contractuale nevalabile, tribunalul a ghidat părțile să adapteze clauza de neconcurență, astfel încât să fie conformă cu legislația UE privind concurența.

Un tribunal Euro-părintitor ar adopta, în mod normal, un ton hotărât în judecățile de principiu, deși în analiză faptelor ar fi mai puțin doctrinar. Astfel, în *Cauza ICC nr. 10660*^[18], un tribunal cu sediul la Paris, Franța a fost satisfăcut de argumentul pârâtului că un acord de cooperare între anumite societăți franceze și olandeze în legătură cu achizițiile încrucișate de mașinării complementare și producția de echipamente în consorțiu a fost „evident anticoncurențial”.^[19] Argumentul principal al tribunalului a fost construit pe ideea că acordul lor de cooperare împiedica oricare dintre părți să vândă produsul terților, ceea ce ar fi oferit condiții comerciale mai favorabile în general și, prin urmare, a constatat că acordul încalcă art. 81 din Tratatul CE. Deși tribunalul a apărut foarte ferm și neechivoc în decizia sa, termenii acordului de cooperare nu erau evident anticoncurențiali, existând un mecanism de ajustare a termenilor și condițiilor clauzei de neconcurență pentru a permite vânzarea către terțe părți.

(ii) Tribunale Euro-activiste

Anumite tribunale constituite doar din arbitri europeni care judecă^[20], de exemplu, proceduri situate în Paris, par pregătite să urmeze o viziune europeană, într-o asemenea măsură încât, în ciuda faptului că părțile nu formulează o apărare privind neconformarea cu legislația UE, decid să examineze oricum compatibilitatea aranjamentelor contractuale în dispută cu dispozițiile privind dreptul concurenței ale Tratatului.

Elocventă în acest sens este *Cauza ICC nr. 7187*^[21], într-o dispută dintre un resortisant din afara UE, în calitate de reclamant, și anumiți resortisanți UE, ca pârâți, în legătură cu un acord de consorțiu reglementat de legislația belgiană având ca obiect dezvoltarea, comercializarea și mentenanța anumitor aplicații software bancare. În această cauză, tribunalul a decis să verifice conformitatea anumitor restricțiilor contractuale cu legislația UE, în absența vreunei solicitări din partea părților. Chiar mai mult, deși a făcut diverse considerente în sensul că acordul de interzicere a utilizării codului sursă ar fi contrar art. 85 alin. (1) și art. 86 din Tratatul UE, reclamantul a declarat în mod expres în fața tribunalului că nu dorește să conteste validitatea vreunei restricții de concurență.^[22] La rândul lor, pârâții au afirmat că nu au obiectat la utilizarea codului sursă de către reclamant, în măsura în care acest lucru s-a realizat pentru a menține compatibilitatea între diferite sisteme informatice.

[18] Sentință Finală pronunțată în septembrie 2000. Extras publicat în *ICC Bulletin Vol. 14 No. 2* (2003), pp. 62-66.

[19] *Ibidem*, p. 62.

[20] Landolt, P. Blanke (*op. cit.*), p. 2077.

[21] Sentință Finală pronunțată în 1992. Extras publicat în *ICC Bulletin Vol. 6 No. 1* (1995), pp. 55-57.

[22] „Având în vedere caracterul de ordine publică al art. 85, Tribunalul Arbitral trebuie totuși să examineze din oficiu dacă art. 1.6 din Acord nu intră sub incidența interzicerii acordurilor restrictive” – formularea Tribunalului Arbitral în Sentința Finală în Cauza ICC nr. 7181 din 1992, publicată în *ICC Bulletin Vol. 6 No. 1* (1995), 55-57.

Deși în final a ajuns la concluzia că, având în vedere circumstanțele particulare ale cauzei, nu a existat nicio încălcare a dispozițiilor comunitare în materie de concurență, acest tribunal ICC a desfășurat procedura arbitrală precum o autentică instanță de stat membru al Uniunii.

În *Cauza ICC nr. 7146*^[23], un tribunal cu sediul la Bruxelles, Belgia, a examinat cererea unei părți de a solicita avizul Comisiei Europene în materie de concurență și antitrust, dar a considerat că o astfel de solicitare nu ar fi necesară, deoarece tribunalul era el însuși „legat de dreptul comunitar al concurenței [pe care] trebuie să îl aplice în soluționarea problemelor preliminare”.^[24] Tribunalul a mai constatat că acordul încalcă art. 85 din Tratat în măsura în care acesta acorda unei părți dreptul exclusiv de a furniza servicii post-vânzare pentru anumite instalații și utilaje construite împreună în Belgia.^[25] Acesta este un alt exemplu de tribunal ICC care recunoaște în mod expres că arbitrii sunt legați de legislația concurenței a UE.

În această cauză, reclamantul – societate belgiană – și pârâtul – societate franceză – contestau, în calitate de succesori ai două grupuri industriale care au încheiat un acord de licență exclusivă, dreptul unei părți de a produce și vinde instalația și utilajele construite în consorțiu cu cealaltă și de a furniza piese de schimb clienților, drepturi comerciale exclusive după punerea în aplicare a obiectului consorțiului. Datorită anumitor modificări ale structurii celor două grupuri, pârâtul a solicitat rezilierea acordului, dar a invocat în mod expres și incompatibilitatea acordului cu dreptul european al concurenței.

Un alt exemplu ilustrativ pentru un tribunal care abordează în mod deschis și iterativ problemele complexe ale dreptului UE al concurenței este *Cauza ICC nr. 7097*.^[26] În această cauză, un tribunal cu sediul în Luxemburg și compus dintr-un arbitru unic, resortisant al UE^[27], a examinat compatibilitatea unui acord de reziliere cu dreptul european al concurenței, pe baza faptelor cauzei, dar și pe baza unei relații concurențiale ipotetice între părți. În primul rând, arbitrul unic a considerat că acordul de reziliere nu era contrar dreptului european al concurenței pentru simplul motiv că aplicarea art. 85 nu depinde de existența unui contract valabil și obligatoriu în temeiul legislației naționale, stipularea expresă a voinței comune a părților fiind suficientă pentru acest scop și, în al doilea rând, deoarece a constatat că părțile nu se aflau într-o situație de concurență reciprocă. Arbitrul a analizat, de asemenea, scenariul în care părțile erau într-adevăr concurente și a ajuns la concluzia că, chiar și într-un astfel de caz, nu putea fi considerat că acordul de reziliere restricționa concurența sau că genera un astfel de efect. În cele din urmă, tribunalul a analizat în detaliu potențialele efecte și impactul asupra concurenței libere pe piața internă și a constatat că chiar și din această perspectivă, toate înțelegerile majore au avut un impact minim.

Acest din urmă caz rămâne, după părerea noastră, cât se poate de reprezentativ, deoarece cuprinde toate ingredientele din jurul legislației și politicii europene privind concurența. Oponenți în cauză erau o societate olandeză ca reclamantă și o societate germană pârâtă, în legătură cu un

^[23] Sentință Parțială pronunțată în 1992. Extras publicat în *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI, în Cahiers de l'arbitrage, Gazette du Palais* (mai 2003), 4-6 (vol. II 2004, 248-249).

^[24] Arnaldez, J.-J. Derains, Y. Hascher, D. *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007*. Vol. V. 2009. Kluwer Law International, p. 6.

^[25] *Ibidem*, p. 13.

^[26] Sentință Finală pronunțată în 1993. Extras publicat în *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI, în Cahiers de l'arbitrage, Gazette du Palais* (mai 2003), 4/(Vol. II 2004, 248).

^[27] Landolt, P. Blanke (op. cit.), p. 2074.

acord de colaborare pe termen lung, de natură să genereze efecte complexe la nivelul UE și care prezenta o reglementare contractuală detaliată a comportamentului pe piața internă, în deplină cunoștință a normelor pieței interne.

II.2. Cauzele ușor legate de viziunea europeană

Un tribunal situat în afara Uniunii Europene, cum ar fi, de exemplu, în Geneva, Elveția, probabil ar trata dreptul concurenței al UE ca lege obligatorie numai în cazul în care normele privind conflictul de legi de la locul arbitrajului indică în mod clar acest lucru, caz în care, un grad adecvat de deferență față de autonomia părților și situația de fapt vor fi, totuși, demonstrate.

Aceasta a fost poziția adoptată în *Cauza ICC nr. 10246*^[28], privind disputa dintre o companie franceză și una elvețiană în legătură cu un acord de licență exclusivă pentru anumite teste medicale, brevetate. În această cauză reclamantul, care a încercat să mențină contractul, a pretins că pârâțul l-a încălcat în mod unilateral și nejustificat, în timp ce pârâțul a susținut – printre altele – că reclamantul a încălcat o clauză contractuală de neconcurență (care sprijinea acordarea exclusivității).

Deși tribunalul a decis că dreptul european al concurenței se aplică în cauză în baza art. 19 din Legea privind Dreptul Internațional Elvețian (PILA)^[29] datorită naționalității europene a părților și a teritoriului lor contractual, tribunalul a decis să nu ridice din oficiu problema conformității clauzei de neconcurență cu art. 81 din Tratatul CE. Tribunalul elvețian a constatat, pe de o parte, că părțile nu au formulat poziții și cerințe clare privind natura restricțiilor la concurență și autorizarea/confirmarea aferentă, iar pe de altă parte că tribunalul nu era competent să decidă în această privință, Comisia Europeană având competență exclusivă.

În plus, un tribunal format din cetățeni din afara UE cu locul arbitrajului în afara Uniunii – să zicem din nou, de exemplu, în Elveția – și care se ocupă de chestiuni de concurență generale probabil s-ar abține chiar mai mult să se implice în chestiuni de politică UE. *Cauza ICC nr. 7673*^[30] sprijină această afirmație foarte bine.

În *Cauza ICC nr. 7673*, având drept reclamant o companie franceză și ca pârât o companie finlandeză, a avut ca obiect diferendele apărute în temeiul unui acord de sublicență privind o tehnologie destinată comerțului în anumite țări scandinave. În cererea sa reconvențională, pârâțul a susținut că reclamantul a încălcat art. 86 din Tratatul de la Roma prin formarea unui sistem anticoncurențial care să consolideze sau să extindă o poziție dominantă. Reclamantul a susținut că tribunalul nu avea competența de a soluționa cererea reconvențională, susținând de asemenea că: (i) disputa nu făcea obiectul convenției arbitrale în măsura în care acesta implica societatea-mamă a reclamantului și (ii) problemele în dispută oricum nu erau arbitrabile, potrivit art. 177 din Legea privind Dreptul Internațional Elvețian (PILA).^[31]

^[28] Sentință Finală pronunțată la data de 15 decembrie 2000. Extras publicat în *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI*, în *Cahiers de l'arbitrage, Gazette du Palais* (mai 2003), 7-8/(Vol. II 2004).

^[29] Art. 19 din PILA permite funcționarea unor dispoziții imperative de drept străin „cu condiția ca situația tratată să aibă o legătură strânsă cu o astfel de lege”.

^[30] Sentință Parțială pronunțată în 1993. Extras publicat în *ICC Bulletin Vol. 6 No. 1* (1995), pp. 57-59.

^[31] Art. 177 din PILA prevede că „orice dispută care implică chestiuni pecuniare poate face obiectul unui arbitraj”.

Un tribunal cu sediul în Lausanne, Elveția și format din trei arbitri din afara UE^[32] a constatat că, în general, era competent să se pronunțe asupra consecințelor unui pretins abuz de poziție dominantă, așa cum rezultă din art. 19 PILA. Cu toate acestea, tribunalul a indicat că aceleași norme privind conflictul de legi din Elveția care conferă competența limitează în același timp puterile tribunalelor. Astfel, tribunalul și-a limitat constatările la obiectul acordului de sublicență și a termenilor acestuia. Totodată, tribunalul a declarat în mod expres că nu avea competența de a efectua anchete *ex officio* în legătură cu pretențiile privind abuzul de poziție dominantă. Având în vedere materialul probator limitat și faptele prezentate acestuia, tribunalul a concluzionat că nu există indicii suficiente pentru a susține o decizie în legătură cu afirmația privind abuzul de poziție dominantă.^[33]

Abordarea tribunalelor din Elveția pare să se schimbe ușor în favoarea respectării legislației UE, chiar și în cazurile în care legăturile cu Uniunea Europeană (ale părților sau ale disputei) sunt slabe, dar problemele în materie de concurență în joc sunt mai mult din sfera reglementării, de drept public, cum ar fi cele legate de ajutorul de stat, de exemplu, spre deosebire de problemele de concurență de o preeminentă natură privată și contractuală.

Într-adevăr, investigarea noastră relevă că, chiar și în cazul tribunalelor situate în afara Uniunii Europene, deferența față de regimul de ajutoare de stat al UE este mai consistentă decât problemele obișnuite de concurență. De exemplu, în *Cauza ICC nr. 7945*^[34], având ca obiect restructurarea de împrumuturi între multiple părți și acorduri de salvare, implicate fiind companii grecești și luxemburgheze, un tribunal cu sediul la Geneva a examinat compatibilitatea acordului menționat cu dispozițiile de ajutor de stat prevăzute în Tratatul UE [fostele art. 92 și 93 din Tratatul de la Roma]. După evaluarea întregii situații de fapt a cazului, tribunalul a decis că nu a existat nicio încălcare a dispozițiilor obligatorii ale dreptului comunitar, a considerat că nu era necesar să notifice Comisia Europeană asupra tranzacției și a obligat părătul să își îndeplinească obligațiile contractuale.

Există, de asemenea, excepții de la regula potrivit căreia un tribunal elvețian ar prefera mai degrabă să respecte normele internaționale private stricte sau politica publică a sistemului juridic aplicabil la locul arbitrajului și mai puțin argumentele politice de fond. Însă, acestea rămân excepții și au în comun fie recunoașterea unui standard minim de protecție, fie a normelor juridice comune de tip trunchi.

Astfel, în *Cauza ICC nr. 8626*^[35] dintre un reclamant societate din Statele Unite și un părât societate germană, în legătură cu o restricție comercială de 5 ani de la încetarea unui acord de licență exclusivă, sub incidența legii din New York, dar cu executarea contractului în Uniunea Europeană, un tribunal cu sediul la Geneva a constatat că are datoria de a lua în considerare legislația europeană privind concurența în aplicarea legii din New York.

^[32] Landolt, P. Blanke (*op. cit.*), p. 2079.

^[33] „În acest sens, Tribunalul este conștient și de faptul că nu are nicio putere de a efectua anchete din oficiu. Prin urmare, partea care își întemeiază pretenția pe art. 86 va avea obligația de a furniza dovezi pertinente privind presupusa poziție dominantă a celeilalte părți și abuzul acesteia în legătură cu Acordul de Sublicență.” – formularea Tribunalului Arbitral în Sentința Parțială în Cauza ICC nr. 7673, *ICC Bulletin Vol. 6 No. 1* (1995), p. 59.

^[34] Sentință Finală pronunțată în 1995. Extras publicat în *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI*, în *Cahiers de l'arbitrage, Gazette du Palais* (mai 2003), 6/(Vol. II 2004, 249-250).

^[35] Sentință Parțială pronunțată în decembrie 1996. Extras publicat în *ICC Bulletin Vol. 14 No. 2* (2003), pp. 55-59.

În acest demers, arbitrii au considerat că acea clauză de neconcurență inclusă în acordul în litigiu încâlca art. 85 din Tratat și era prin urmare nulă. În hotărârea sa, Tribunalul a examinat în detaliu hotărârea Curții Supreme a Statelor Unite în cauza *Mitsubishi Motors Corp. V. Soler Chrysler Plymouth*,^[36] dar a făcut referire și la decizia Curții Supreme Federale Elvețiene din 28 aprilie 1992.^[37] Așa cum era de anticipat, în acest caz arbitrii nu s-au bazat pe regulile privind conflictul de legi *per se*, ci pe standardul trunchi comun (așa cum a fost stabilit de cele două cazuri citate mai sus), referindu-se și la datoria tribunalului de a „se asigura că hotărârea arbitrală poate fi pusă în executare în mod legal”, astfel cum se prevedea la art. 26 din Regulile de Conciliere și Arbitraj ale ICC din 1988 (devenit art. 41 din Regulile de Arbitraj ICC din 2012). Ignorarea legilor UE privind concurența cel mai probabil ar fi lipsit de efecte hotărârea arbitrală în Germania, unde era foarte probabil să se ceară executarea.^[38] În concluzie, Tribunalul a constatat că efectul acordului în dispută asupra comerțului în cadrul pieței interne a determinat examinarea aplicabilității art. 85 din Tratat.

În privința tribunalelor care acționează cu prudență și care încearcă să mențină echilibrul între interesele private ale părților care nu sunt membre UE și legea obligatorie a UE, relevantă este de asemenea *Cauza ICC nr. 12127*.^[39] În această cauză 12127, reclamantul, o societate franceză, și pârâtul, o societate din SUA, încheiaseră un acord de licență exclusivă pentru fabricarea și vânzarea unui produs cu marcă comercială specifică în SUA și Canada. Reclamantul a susținut în procesul arbitral – cu locul în Paris, Franța – că pârâtul a încălcat, printre altele, obligația de a vinde produsul numai pe un anumit teritoriu. Pârâtul, la rândul său, a susținut că dacă într-adevăr exista o limitare teritorială, acordul care o impune ar fi nul pe motiv de încălcare a dreptului european al concurenței și a legii franceze obligatorii.

Tribunalul a examinat argumentele bazate pe legislația UE și a constatat că împrejurările cauzei nu arată cum acordul și comportamentul părților „au limitat libera concurență pe întreg teritoriul european sau pe o parte a acestuia”^[40], în mod direct sau indirect. În consecință, arbitrii – bazându-se pe o analiză factuală susținută de probe – au respins cererea de anulare fundamentată pe pretinsa încălcare a dreptului UE al concurenței și a legii obligatorii franceze, nu înainte de a explica faptul că tribunalul era obligat să ia în considerare dreptul UE al concurenței în procesul decizional.

II.3. Între admisibilitate și susținerea politicilor UE de drept material al concurenței

Practica arbitrală diferențiază în mare măsură între admisibilitatea Euro-apărărilor, un aspect care primește aproape întotdeauna un răspuns afirmativ, și prevalența juridică sau eficiența argumentului bazat pe legislația europeană, determinată în general pe baza situației de fapt aferente cauzei.

^[36] 105 S. Ct. 3346 (1985).

^[37] *G.S.A. contre V.S.p.A.*, ATF 118 II 193 E.5c bb.

^[38] „În opinia noastră, [sentința] ar fi refuzată de toate instanțele germane din Germania dacă aceasta ar avea ca efect punerea în aplicare a unui contract care încalcă art. 85 din Tratatul de la Roma” – formularea Tribunalului Arbitral, *ICC Bulletin Vol. 14 No. 2* (2003), pp. 55-59.

^[39] Sentință Finală pronunțată în 2003. Extras publicat în: Arnaldez, J.-J. Derains, Y. Hascher, D. *Collection of ICC Arbitral Awards 2008-2011*. Vol. VI. 2013. Kluwer Law International, pp. 64-77.

^[40] Arnaldez, J.-J. Derains, Y. Hascher (*op. cit.*), p. 61.

Cauza ICC nr. 6475^[41] reprezintă standardul potrivit în acest sens. Această cauză a avut drept reclamant o societate din SUA, și ca pârât pe o societate franceză care a contestat executarea exclusivității în baza unui acord de licență guvernat de legea franceză. Pârâtul a susținut în fața tribunalului că prevederile referitoare la exclusivitate din cadrul contractului încalcă art. 85 din Tratatul de la Roma, prin împiedicarea licențiatului să vândă produsele în afara teritoriilor definite în acord, restrângând astfel concurența. Tribunalul a respins afirmațiile pârâtei, motivând că, pentru a invalida un contract pe baza art. 85, trebuie să se dovedească în mod concret efectele anticoncurențiale, cu mult peste dovedirea existenței unor drepturi exclusive asupra unei părți din piața internă, indiferent de cât de mare ar fi aceasta.^[42] Tribunalul a ajuns la concluzia că, în toate aceste cazuri, impactul semnificativ asupra concurenței pe piața produselor în cauză trebuia să fie demonstrat în mod clar și concludent.

O examinare similară, în esență, a înțelegerilor concurențiale, în jurul clauzei de neconcurență, a fost făcută în *Cauza ICC nr. 6106*^[43], arbitrată de un tribunal cu sediul la Paris, Franța, și compus dintr-un președinte elvețian și doi arbitri francezi.^[44]

Ca și în *Cauza ICC nr. 6475* menționată anterior, tribunalul a efectuat o analiză detaliată pentru a determina dacă acordul de neconcurență ar putea fi considerat nul pe motivul încălcării dreptului european al concurenței. Acesta a constatat că înțelegerea nu a constituit decât „mijloace legitime de asigurarea îndeplinirii obligației vânzătorului de a transfera întreaga valoare comercială a afacerii”^[45], deoarece beneficiarul a dobândit, de asemenea, reputația, know-how-ul și clientela în legătură cu produsul în jurul căruia a fost convenită clauza de neconcurență. În consecință, nu a fost constatată nicio încălcare a dreptului european al concurenței, iar tribunalul a menținut clauza ca validă.

Pentru a prezenta faptele pe scurt, această Cauză ICC nr. 6106 a implicat o societate din SUA ca reclamantă și o societate italiană ca pârâtă, având ca obiect o dispută decurgând dintr-un contract de cumpărare de acțiuni prin care reclamantul a dobândit controlul asupra unei filiale a pârâtului ca urmare a achiziționării de acțiuni în acesta din urmă. Pârâtul a fost inventatorul unor anumite frâne pe disc, dezvoltate și produse de filiala sa. Acordul a inclus o interdicție de a concura, protejând reclamanta pe o perioadă de cinci ani de la achiziție. Confruntat cu o cerere de executare a obligației, pârâtul a susținut în fața tribunalului că acordul de neconcurență a încălcat art. 85 și 86 din Tratatul de la Roma.

Poate că exemplul cel mai elocvent al preferinței față de admisibilitate pe care tribunalele arbitrale o manifestă în aspecte de drept european și, în egală măsură, față de rezerva acestora de a trata argumentele de fond dincolo de analiza detaliată a impactului, este reprezentat de *Cauza ICC nr. 7539*.^[46] În acest caz, un tribunal cu sediul la Paris, Franța, a considerat că este

[41] Sentință Finală pronunțată în 1994. Extras publicat în *ICC Bulletin Vol. 6 No. 1* (1995), pp. 52-54.

[42] „Simplul fapt că un contract comercial acordă drepturi exclusive unei întreprinderi într-o parte și chiar într-o parte semnificativă a Pieței Comune nu este, în sine, suficient pentru a invalida respectivul contract în contextul art. 85 alin. (1)” – formularea Tribunalului Arbitral, *ICC Bulletin Vol. 6 No. 1* (1995), p. 54.

[43] Sentință Finală pronunțată în 1991. Extras publicat în *ICC Bulletin Vol. 5 No. 2* (1994), pp. 47-49.

[44] Landolt, P. Blanke (*op. cit.*), p. 2070.

[45] Sentință Finală în *Cauza ICC nr. 6106*, *ICC Bulletin Vol. 5 No. 2* (1994), p. 47.

[46] Sentință Finală pronunțată în 1995. Extras publicat în: Arnaldez, J.-J. Derains, Y. Hascher, D. *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*. Vol. IV. 2002. Kluwer Law International, pp. 445-451.

necesar să se examineze *ex officio* dacă art. 85 din Tratatul de la Roma este compatibil cu o dispoziție contractuală care interzice unei societăți franceze să încheie un acord cu un licențiat grec pentru vânzarea produsului în țara în care licențiatorul avea deja un alt licențiat. A rezultat o ciocnire a pretențiilor și cererilor reconvenționale în legătură cu nulitatea juridică (cauzată de încălcarea legislației obligatorii a UE) și neexecutarea contractuală.

Tribunalul a adoptat o abordare soloniană. Acesta a ridicat din oficiu problema compatibilității cu dreptul european al concurenței a interdicției de a vinde pe teritoriul altui licențiat și a constatat că, deși licența era destinată unei țări din afara UE, acordul era de natură să afecteze negativ concurența în cadrul pieței interne, încălcând astfel art. 85 din Tratatul de la Roma. În ciuda acestei constatări de fapt, Tribunalul nu a mers mai departe pentru a soluționa disputa pe această bază, deoarece părțile nu au formulat o cerere adecvată pe care să o și dovedească.^[47]

II.4. Politica UE în materie de concurență ca standard minim. Care sunt limitele?

Anumite tribunale au considerat adecvată aplicarea normelor europene de concurență ca expresie a unui standard transnațional, în special atunci când conflictele normative au implicat jurisdicții îndepărtate.

Într-adevăr, în *Cauza ICC nr. 4132*^[48], un tribunal cu sediul la Haga, Olanda, a trebuit să se pronunțe asupra unor argumente de ordine politic sub guvernarea legii coreene, care s-au dovedit cel puțin parțial aplicabile unei licențe exclusive de know-how tehnologic pentru producerea și distribuirea de produse în Republica Coreea. Cu toate acestea, tribunalul a făcut distincție între legea aplicabilă a contractului (în acordul de licențiere dintre părți, o societate italiană și, respectiv, una sud-coreeană) și „alte norme” care ar putea fi aplicabile. În ambele cazuri, a tratat legea aplicabilă și regulile de politică publică ca fiind aspecte de fapt care trebuie să fie dovedite în mod corespunzător în fața arbitrilor. Deși tribunalul nu a fost convins de argumentele că dreptul public coreean era aplicabil acordului, acesta din oficiu a decis să examineze acordul de licență în lumina politicii publice a UE în materie de drept al concurenței^[49] și, în fond, a stabilit că acordul nu a restrâns concurența pe piața comună în așa măsură încât să necesite anularea acordului de exclusivitate.

Cu toate acestea, normele UE în materie de concurență nu ar prevala în mod necesar sau nu ar fi utilizate ca standard de protecție implicit, în cazul în care arbitrilor li se acordă competențe de adjudecare deplină, inclusiv pentru a acționa în calitate de *amiable compositeur*.

Este interesant faptul că un tribunal cu sediul la Geneva, Elveția, când a fost învestit să se pronunțe în calitate de *amiable compositeur* și care a trebuit să aleagă între protecția dreptului UE în materie de concurență și respectarea principiilor bunei credințe și echității înțelegerii părților,

^[47] *Ibidem*, p. 448.

^[48] Sentință Preliminară pronunțată la data de 22 septembrie 1983. Extras publicat în *Yearbook Commercial Arbitration* Vol. X (1985), pp. 49-51.

^[49] „Prin urmare, Tribunalul trebuie să investigheze din proprie inițiativă dacă Acordul intră sub incidența interdicției prevăzute la art. 85, par. 1 din Tratat” – formularea Tribunalului în Cauza ICC nr. 4132, *Yearbook Commercial Arbitration* Vol. X (1985), p. 50.

a acordat prioritate celor din urmă, așa cum s-a întâmplat în *Cauza ICC nr. 6503*^[50], care a fost condusă de un tribunal cu trei arbitri, toți cetățeni elvețieni.^[51]

Acest caz a avut în calitate de reclamant o societate franceză și, ca pârât, o societate spaniolă care contesta valabilitatea unui acord de licență exclusivă pentru distribuirea unei mărci de produse cosmetice în Spania. Acordul a fost încheiat pe o perioadă de zece ani, reînnoibil automat pentru încă zece ani, până când pârâtul ar fi atins un prag minim al redevențelor plătite. Reclamantul a încetat acordul la un moment dat după prima sa reînnoire și a fost gata să-și asume nivelul daunelor-interese la care ar fi fost expus în cazul încetării anticipate, astfel cum fusese contractat. Ulterior, a inițiat o procedură arbitrală solicitând tribunalului să recunoască încetarea contractului și să confirme calculul daunelor-interese. Pârâtul a răspuns cu o solicitare de executare specifică a acordului, solicitând de asemenea în subsidiar daune-interese mai mari. Cu toate acestea, după ce au fost încheiați Termenii de Referință, reclamantul a susținut că acordul era de fapt nul, întemeiat pe faptul că reînnoirea automată a licenței era contrară dreptului european al concurenței, care a fost invocat drept *loi de police* și ca drept public național, dar și ca fiind contrar dispozițiilor legale elvețiene privind protejarea vieții private.

După ce a respins afirmațiile reclamantului formulate după Termenii de Referință ca pretenții noi tardive, tribunalul a evaluat dacă ar trebui să analizeze din oficiu dreptul comunitar, ca lege obligatorie de care arbitrii sunt ținuti în mod direct, sau ca lege străină aplicabilă prin operarea normelor de conflict de legi în drept elvețian.

În ciuda unei analize detaliate, tribunalul a lăsat deschise aspectele legate de obligația arbitrilor de a aplica legile comunitare în materie de concurență și de sursele puterilor lor și, în schimb, acționând în calitate de *amiable compositeur*, a decis că anularea acordului părților în urma argumentelor reclamantului ar conduce la un rezultat profund inechitabil.

Mai mult, tribunalul a explicat că, în temeiul legislației elvețiene, arbitrilor li se permite să ignore chiar și legile obligatorii, atâta timp cât își exprimă opinia în calitate de *amiable compositeur*.^[52]

II.5. Practica arbitrală recentă și abordările consolidate

Practica arbitrală foarte recentă în materie de legislația de concurență a UE, așa cum este ilustrată de procedurile arbitrale organizate în toate colțurile Uniunii Europene, de la Paris la Viena și de la Helsinki la Milano, înglobează întocmai principalele direcții de evoluție, astfel cum am rezumat mai sus.

Astăzi putem afirma că, în general, tribunalele arbitrale ar considera Euro-apărările admisibile dacă și cel mai mic element european este prezent în cauză. În plus, arbitrii nu ar ezita să ridice din proprie inițiativă problema legii obligatorii sau a politicii publice UE. De asemenea, nu ar evita, ci din contră, ar desfășura o analiză sofisticată de natură tehnică, pentru a determina dacă a existat vreun eventual impact asupra concurenței libere pe piața internă în legătură cu cauza lor.

^[50] Sentință Finală pronunțată în 1990. Extras publicat în Arnaldez, J.-J. Derains, Y. Hascher, D. *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*. Vol. III. 1997. Kluwer Law International, pp. 613-618.

^[51] Landolt, P. Blanke (*op. cit.*), p. 2071.

^[52] „În ceea ce privește legislația elvețiană, capacitatea *amicales compositeurs* permite arbitrilor să nu țină seama nici măcar de prevederile imperative ale legii” – formularea Tribunalului Arbitral în Cauza ICC nr. 6503, Arnaldez, J.-J. Derains, Y. Hascher, D. *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*. Vol. III. 1997. Kluwer Law International, p. 615.

Cu toate acestea, practica arată în mod clar, de asemenea, că arbitrii nu sunt acolo pentru a formula cereri bazate pe legislația și pe politicile UE în numele părților și chiar mai puțin pentru a descoperi sau a aduce dovezi în sprijinul acestora.

Aceasta a fost poziția luată de tribunal în cauza deja cunoscută dintre *Hoechst/Sanofi-Aventis* și *Genentech*,^[53] unde aceasta din urmă aparent nu și-a îndeplinit anumite obligații de a plăti redevențe în temeiul unui acord de licență pentru utilizarea unei tehnologii, guvernat de legislația germană.

Hoechst a inițiat o procedură arbitrală împotriva Genentech în fața ICC la Paris, iar Genentech a argumentat incompatibilitatea acordului lor cu dreptul european al concurenței doar în trecere în cadrul audierilor și fără a formula solicitări clare către tribunal pe baza motivelor încălcării politicii publice a UE. Prin urmare, arbitrul unic – deși a analizat problema dintr-o perspectivă a legislației obligatorii a UE, dar limitat la cadrul cauzei – a respins simpla declarație a lui Genentech ca neîntemeiată, nedovedită și neînsoțită de solicitări corespunzătoare. La soluționarea disputei, tribunalul a dispus ca Genentech să plătească peste 100 de milioane de euro ca redevențe neplătite, plus dobândă, în baza acordului de licență menționat, pe care l-a considerat valabil în conformitate cu legea aplicabilă.

Ca urmare, Genentech a atacat sentința arbitrală și a solicitat anularea acesteia în fața Curții de Apel din Paris pentru încălcarea art. 101 TFUE, în timp ce Hoechst a susținut că argumentul privind incompatibilitatea acordului de licență cu art. 101 TFUE fusese deja judecat și respins de către arbitru. La solicitarea Curții de Apel din Paris, CJEU a răspuns în iulie 2016 la întrebarea preliminară adresată, hotărând că Genentech era liberă să rezilieze acordul de licență în orice moment în timp ce brevetele erau în vigoare și, prin urmare, obligația de a plăti redevențe nu a încălcat legislația UE privind concurența.^[54]

O conduită rezervată similară cu cea a tribunalelor arbitrale în privința soluționării aspectelor de conformitate pe fond dincolo de cadrul factual al arbitrajului, de această dată în legătură cu angajamentele de control al fuziunilor, se remarcă în Cauza ICC dintre *Reti Televisive Italiane SPA* și *Sky Italia SRL*.^[55]

În *Reti*, un tribunal arbitral cu sediul în Milano, Italia, a examinat o convenție arbitrală care conținea angajamente de control al fuziunilor, stabilite în conformitate cu instrucțiunile Comisiei Europene și, în special, a analizat relația dintre angajamentele asumate de părți și evaluarea de către Comisie a preocupărilor concurențiale ridicate de achiziția corporativă în cauză. Cu toate acestea, tribunalul a evitat în mod clar interpretarea angajamentelor și compatibilitatea acestora cu legislația obligatorie, limitându-se la evaluarea statutului lor din punct de vedere al performanței.

^[53] <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/05/19/no-annulment-of-arbitration-award-in-patent-license-dispute-as-contra-ry-to-art-101-tfeu-genentech-inc-v-hoechst-gmbh-sanofi-aventis-gmbh/>

^[54] „În consecință, din moment ce Genentech a fost liberă să rezilieze acordul în orice moment, obligația de a plăti redevența în perioada în care acest acord era în vigoare, în cursul căruia au fost în vigoare drepturile derivate din brevetele licențiate acordate, nu constituie o restrângere a concurenței în sensul art. 101 alin. (1) din TFUE.” – Cauza C-567/14, *Genentech Inc. v Hoechst GmbH, formerly Hoechst AG, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*, Judecata din 7 iulie 2016 (Prima Cameră), ECLI:EU:C:2016:526.

^[55] Luca G. Radicati Di Brozolo, „EU Merger Control Commitments and Arbitration: *Reti Televisive Italiane v. Sky Italia*”, publicat în *Arbitration International*, Vol. 29, nr. 2, 2013.

Dimpotrivă, în cazurile în care tribunalele aveau în fața lor un material adecvat pentru a le permite o analiză detaliată a fondului privind încălcările dreptului european al concurenței, acestea au dezvoltat evaluări cuprinzătoare, uneori prea sofisticate, cum ar fi *Cauza ICC nr. 17326 din 2012*.^[56] În aceasta, un tribunal cu sediul la Viena, Austria, a examinat un acord de furnizare și comerț pe termen lung care prevedea restricții cantitative și volume de tranzacționare procentuale, în funcție de capacitatea părților de a absorbi și, respectiv, de a extinde nevoile pieței. Părțile au convenit că legislația concurenței a UE se aplică înțelegerii lor, dar au avut opinii diferite cu privire la circumstanțele și consecințele normelor aplicabile. Interesant, tribunalul a decis că acele înțelegeri contractuale care permit unei părți să reducă în mod unilateral cantitățile contractuale anuale cu suma vândută în țara celeilalte părți și clienților săi nu încalcă art. 101 din TFUE, în timp ce clauza în oglindă, care permite creșterea cantității minime anuale bazate pe vânzări a încălcat art. 101 din TFUE.

În cele din urmă, uneori arbitrii preferă să se bazeze pe o lege sau un standard național, ca lege care guvernează acordul aflat în dispută, cât timp o astfel de lege încorporează normele UE obligatorii privind concurența și politica publică a UE. Pentru a da doar un exemplu, ne referim în acest context la *Cauza ICC nr. 16981*^[57] în legătură cu procedurile arbitrale situate în Helsinki, Finlanda, având ca obiect o dispută desfășurată în temeiul legii de fond finlandeze între un reclamant grec și un pârât finlandez, asupra normelor UE, grecești și finlandeze privind concurența neloyală în contextul încetării distribuției. După analiza standardelor grecești și finlandeze din perspectiva UE, tribunalul a constatat că legea finlandeză asigură cel puțin același nivel de protecție.^[58]

III. Concluzie

Practica arbitrală pe care am analizat-o oferă (doar) indicii privind abordările conceptuale și construcțiile teoretice pe care se susțin competențele sau obligațiile arbitrilor de a aplica politica publică și legea imperativă, dincolo de voința sau înțelegerea părților. Pe baza acestor indicii, am decelat următoarele modele de legitimare a intervenției arbitrilor în aceasta materie.

O prima modalitate prin care arbitrii își justifică implicarea în politica publică, care este aparent folosită din ce în ce mai des, constă în ancorarea într-o anumită lege locală/națională – *lex causae*, *lex arbitri* și, în anumite cazuri, *lex executionis*.^[59] Însă, în multe cazuri referirea la legea națională este doar complementară și nu abordează, cu atât mai puțin soluționează, problema puterilor proprii ale arbitrilor în astfel de chestiuni. Nu mai vorbim în acest context de faptul că părțile pot opta pentru o anumită lege care să le reglementeze relațiile contractuale și pentru un alt

^[56] Sumar și extras din Sentința Finală în Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 2016 – Volume XLI*, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 41, pp. 127-174.

^[57] Extras din Sentința Finală în Cauza ICC nr. 16981 pronunțată în mai 2012, publicată în *ICC Dispute Resolution Bulletin 2016 No. 1*, pp. 111-119.

^[58] „Consecința neaplicării art. 18A este minimă, având în vedere că legea finlandeză recunoaște și protejează aceeași politică [...] Prin urmare, Tribunalul Arbitral, printr-o decizie majoritară, constată că art. 18A nu se aplică precum o prevedere obligatorie” – formularea Tribunalului Arbitral în Cauza ICC nr. 16981, în *ICC Dispute Resolution Bulletin 2016 No. 1*.

^[59] De exemplu, Cauza ICC nr. 10246, *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI*, în *Cahiers de l'arbitrage, Gazette du Palais* (mai 2003), 7-8/(Vol. II 2004); Cauza ICC nr. 7673, *ICC Bulletin Vol. 6 No. 1* (1995), 57-59; Cauza ICC nr. 12127, Arnaldez, J.-J. Derains, Y. Hascher, D. *Collection of ICC Arbitral Awards 2008-2011*. Vol. VI. 2013. Kluwer Law International, pp. 64-77.

loc al arbitrajului mai îndepărtat (juridic), în încercarea de a se sustrage legislației și politicilor naționale (propriei) obligatorii.

O alternativă foarte prudentă pentru arbitri – de altfel frecvent urmată, deși nu în mod izolat – era tratarea a însuși contractului arbitral sau a voinței părților de a opta pentru arbitraj, ca sursă a dreptului (și datoriei) arbitrilor de a ridica *sua sponte* chestiuni de ordine publică.^[60] Dar, din nou, ca și în cazul oricărei alte teorii fundamentate pe contract, contractul și voința părților se dovedesc a fi, foarte probabil, insuficiente pentru a legitima implicarea arbitrilor în chestiuni de interes public.

În al treilea rând, arbitrii par să se ocupe cu ordinea și politicile publice din motive de responsabilitate instituțională.^[61] Într-adevăr, în anumite sisteme, cum ar fi arbitrajul sub Regulile ICC^[62] sau Regulile LCIA^[63], curțile care supraveghează arbitrajul și care se ocupă de regulile lor instituționalizate au conferit arbitrilor datoria de a depune toate eforturile pentru a emite o hotărâre arbitrală executorie, cel puțin în conformitate cu cerințele legale aplicabile la locul arbitrajului. Această formulă deși relevantă, nu se susține totuși pe un argument de legalitate, ci mai degrabă pe considerente de oportunitate.

În al patrulea rând, sursa drepturilor și obligațiilor arbitrilor de a aplica politica publică în general sau dreptul concurenței în particular este plasată în „înțelegerea între state, pe de o parte, și comunitatea arbitrală, pe de altă parte”^[64], plasând astfel arbitrii într-o relație de tip *mandant-mandatar* în raport cu statul și justiția statală. Rămâne desigur întrebarea esențială în ce măsură arbitrajul nu presupune, esențialmente, mai mulți mandanți, chiar cu interese contrare.

Așa fiind, putem concluziona că niciunul din cele patru discursuri de legalitate, identificate în cercetarea de practică arbitrală ICC efectuată, nu este așezat pe o platformă teoretică convingătoare.

De altfel, așa cum am arătat, arbitrii implicați în cele 60 de dosare analizate ne lasă doar „indicii” cu privire la fundamentarea teoretică sau normativă a deciziei lor în problema caracterului imperativ al dreptului european al concurenței.

^[60] De exemplu, Cauza ICC nr. 7945, *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI, în Cahiers de l'arbitrage, Gazette du Palais* (mai 2003), 6/(Vol. II 2004, 249-250); Cauza ICC nr. 16981, *ICC Dispute Resolution Bulletin 2016 No. 1*, pp. 111-119; Cauza ICC nr. 7673, *ICC Bulletin Vol. 6 No. 1* (1995), 57-59.

^[61] De exemplu, Cauza ICC nr. 8626, *ICC Bulletin Vol. 14 No. 2* (2003), pp. 55-59.

^[62] Precum art. 40 din Regulile ICC 2012 prevede, „tribunalul arbitral va acționa în spiritul Regulilor și va depune toate eforturile pentru a se asigura că sentința este executorie prin lege”.

^[63] Precum art. 32(2) din Regulile LCIA 2014 prevede, „Curtea LCIA, LCIA, Registrarul, Tribunalul Arbitral și fiecare dintre părți... vor depune toate eforturile rezonabile pentru a se asigura că orice hotărâre judecătorească este recunoscută legal și executorie la locul arbitrajului”.

^[64] L.G. Radicati di Brozolo, „Arbitration and Competition Law: the Position of the Courts and of the Arbitrators”, *Arbitration International*, 27(1), 2011, la pagina 19.