

**LEX MERCATORIA ÎN CONTRACTELE DE COMERȚ  
INTERNAȚIONAL**

**LEX MERCATORIA IN INTERNATIONAL TRADE  
CONTRACTS**

**CARMEN TAMARA UNGUREANU<sup>1</sup>**

**Rezumat:** *Lex mercatoria* reprezintă un corp de reguli nestatale, care poate fi folosit ca lege aplicabilă unui contract de comerț internațional, cu condiția ca litigiile între părțile contractante să fie soluționate pe calea arbitrajului. Pentru analiza aplicării *lex mercatoria* sunt clarificate, mai întâi, problemele referitoare la limitele alegerii de către părți a legii aplicabile și a noțiunii de *lex mercatoria* iar, apoi, sunt tratate două situații posibile: situația în care părțile contractante au ales ca lege aplicabilă contractului lor, *lex mercatoria*, fie ca unică lege, fie ca norme complementare unei legi naționale; situația în care părțile nu au ales legea aplicabilă, iar instanța arbitrală desemnată aplică pentru fondul litigiului *lex mercatoria*.

**Cuvinte cheie:** *lex mercatoria*, arbitraj internațional, legea aplicabilă

**Abstract:** *Lex mercatoria* is a body of a-national rules, which can be used as the applicable law to an international contract, provided that disputes between the contracting parties shall be settled by arbitration. To analyze the application of *lexmercatoria* are clarified, first, issues relating to the limits of choice by the parties of the applicable law and the concept of *lexmercatoria* and, then, are treated two possible situations: the situation in which the contracting parties have chosen *lexmercatoria*as the applicable law to their contract, either as the only applicable law, or as complementary rules to a national law; the situation in which the parties have not chosen the applicable law and the arbitral tribunal applies *lex mercatoria* for the merits of the dispute.

**Keywords:** *lex mercatoria*, international arbitration, applicable law

---

<sup>1</sup> Profesor univ. dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept,  
email: carmen.ungureanu@uaic.ro

## Introducere

Atunci când operatorii de comerț internațional încheie un contract, își asumă riscuri. Unul dintre aceste riscuri este incertitudinea juridică sau, altfel spus, riscul de a fi obligați să se supună prevederilor unei legi pe care nu o cunosc, sau care conține dispoziții nefavorabile lor<sup>2</sup>. Pentru a reduce acest risc, părțile contractante, potrivit principiului autonomiei de voință, pot alege legea aplicabilă contractului lor.

În operațiunea de alegere a legii, se ridică anumite întrebări care privesc *limitele* acestei alegeri. Astfel, părțile au o libertate nelimitată sau au posibilitatea să aleagă numai dintre legile cu care contractul lor are o oarecare legătură? Poate fi aleasă doar o „lege” care aparține unei ordini juridice statale sau pot fi desemnate și „reguli de drept”/norme a-naționale/norme transnaționale/principii generale de drept sau, într-un cuvânt, *lex mercatoria*?

În cazul în care părțile contractante nu au acționat pentru reducerea riscului insecurității juridice și, din diferite motive, nu au ales legea aplicabilă contractului, cine o va desemna și în funcție de care criterii?

De regulă, *instanța sesizată* cu soluționarea litigiului va stabili și legea aplicabilă fondului acestuia. Conform regulilor de drept internațional privat, *instanța statală* va determina legea aplicabilă utilizând normele conflictuale ale forului. Va putea considera *lex mercatoria* ca lege aplicabilă? Dacă părțile au încheiat o convenție de arbitraj, instanța arbitrală nu este, de regulă, obligată să apeleze la norme conflictuale pentru desemnarea legii aplicabile. În acest caz, este posibil să indice *lex mercatoria* ca lege aplicabilă pentru soluționarea litigiului?

Pentru a răspunde la aceste întrebări și pentru o analiză comprehensibilă a aplicării *lex mercatoria*, este nevoie, mai întâi, de clarificarea unor probleme (1), referitoare la limitele alegerii de către părți a legii aplicabile (1. 1) și a noțiunii de *lex mercatoria* (1. 2). Vor fi analizate, apoi, două cazuri: cazul în care părțile contractante au ales ca lege aplicabilă contractului lor, *lex mercatoria*, fie ca unică lege, fie ca norme complementare unei legi naționale (2); cazul în care părțile nu au ales legea aplicabilă, iar instanța arbitrală desemnată aplică pentru fondul litigiului *lex mercatoria* (3).

---

<sup>2</sup> A se vedea, J. F. Coyle, *Rethinking the Commercial Law Treaty*, în *Georgia Law Review*, vol. 45, nr. 2/2011, p. 345, [Online] la: <http://ssrn.com/abstract=1582898>, accesat la 5 martie 2016.

## 1. Clarificări

### 1. 1. Limitele alegerii de către părți a legii aplicabile.

*Alegerea legii aplicabile se întemeiază pe principiul autonomiei de voință.*

Principiul autonomiei de voință este recunoscut în multe legislații<sup>3</sup>. În dreptul privat intern, principiul autonomiei de voință este fondat pe libertatea contractuală, cu respectarea normelor imperative. Părțile pot încheia orice convenții, cu obligația de a respecta ordinea publică în dreptul intern (adică regulile imperative) și bunele moravuri<sup>4</sup>. În comerțul internațional, acest principiu se distinge de libertatea contractuală din dreptul intern, fiind o regulă conflictuală care permite părților contractante să aleagă legea aplicabilă contractului lor<sup>5</sup>.

*Fie că autonomia de voință operează în dreptul intern, fie în dreptul comerțului internațional, este recunoscută, întotdeauna, de norme statale, naționale<sup>6</sup>.*

Numai o lege națională poate sta la baza autonomiei de voință a părților și poate determina condițiile și limitele exercitării acesteia<sup>7</sup>. Dacă părțile încheie un contract în care consideră că au inclus toate dispozițiile necesare și îl numesc autonom, ceea ce face ca respectivul contract să fie obligatoriu pentru părți și clauzele contractuale să fie executate, nu este nici autonomia de voință a părților și nici voința însăși a acestora. Ceea ce îl face

---

<sup>3</sup> Există și excepții, de la aplicarea acestui principiu, de exemplu în anumite state din America Latină și America de Sud, cum este Brazilia; pentru detalii, a se vedea, M. M. Albornoz, *Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems*, în *Journal of Private International Law*, vol. 6, nr. 1/2010, pp. 23-58; N. de Araujo, F. Saldanha, *Recent developments and current trends on Brazilian Private International Law concerning International Contracts*, în *Panorama of Brazilian Law*, vol. 1, nr. 1/2013, pp. 73-83, [Online] la: [www.panoramaofbrazilianlaw.com/.../BrLa](http://www.panoramaofbrazilianlaw.com/.../BrLa), accesat la 16 martie 2016.

<sup>4</sup> A se vedea și J. -Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Etablissements Emile Brulant, Bruxelles, 1992, pp. 132 - 133; M. V. Jakotă, *Drept internațional privat*, vol. II, Editura Fundației Chemarea, Iași, 1997, pp. 187 – 188.

<sup>5</sup> A se vedea, I. P. Filipescu, *Drept internațional privat*, vol. II, Editura Actami, București, 1997, p. 83.

<sup>6</sup> În text vor fi folosite alternativ noțiunile de „lege statală”, „lege națională”, „drept național” cu același sens, acela de lege care aparține unei ordini juridice statale, naționale.

<sup>7</sup> A se vedea, Fouchard, Gaillard, Goldman, *On International Commercial Arbitration*, Edited by E. Gaillard and J. Savage, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 1999, p. 786.

obligatoriu, este posibilitatea unei părți contractante de a apela la o instanță statală sau arbitrală pentru a o determina pe cealaltă parte contractantă să se supună prevederilor contractuale. Această coerciție este monopolul statului și se reflectă în legi<sup>8</sup>.

Intervenția statului nu este necesară și contractul părților poate fi privit ca un contract „fără lege”, supus oricăror prevederi consideră părțile că sunt potrivite intereselor lor, în cazul în care executarea contractului are loc fără incidente. Dacă părțile își execută în mod voluntar obligațiile, contractul scapă controlului statului. Poate exista un asemenea contract? Răspunsul este afirmativ. O mare parte a raporturilor contractuale internaționale se desfășoară conform înțelegerii părților.

*Când regulile sunt încălcate și se creează neînțelegeri între părți, acestea trebuie soluționate.*

Dacă este sesizată o instanță statală pentru soluționarea litigiului, atunci intervenția statului în contractul părților este evidentă. Dacă părțile aleg o instanță arbitrală, atunci statul poate interveni într-un mod atenuat, numai în caz de nevoie și la cerere: pe parcursul procedurii arbitrale, atunci când una dintre părți solicită anularea hotărârii arbitrale, precum și în faza executării hotărârii arbitrale, dacă partea obligată la executare, refuză executarea voluntară<sup>9</sup>.

Oricât de detaliat ar fi elaborat un contract, nu este posibil ca acesta să acopere toate situațiile care se pot ivi în practică la executarea acestuia. De aceea, părțile contractante, de regulă, includ în contractul lor o clauză prin care aleg legea aplicabilă. Normele supletive din legea aleasă vor reglementa situațiile pe care părțile nu le-au avut în vedere și deci nu le-au cuprins în clauzele contractuale. Izvorul puterii lor de a alege este dreptul național<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> A se vedea, Symeonides S. C., *Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex Mercatoria that Isn't*, (November 19, 2006), p. 7, [Online] la: <http://ssrn.com/abstract=946007> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.946007>, accesat la 1 aprilie 2016.

<sup>9</sup> A se vedea în acest sens, de exemplu, prevederile din Codul de procedură civilă român (Legea 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată în Monitorul Oficial nr. 247 din 10 aprilie 2015) referitoare la arbitrajul internațional: art. 1. 114, 1. 117, 1. 118, 1. 121, 1. 124-1133.

<sup>10</sup> A se vedea, G. Cuniberti, *Three Theories of Lex Mercatoria*, în *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 52, nr. 1/2013, p. 375, University of Luxembourg Law Working Paper No. 2013-1, [Online] la: <http://ssrn.com/abstract=2244349>, accesat la 23 martie 2016.

*Libertatea de a alege legea aplicabilă este supusă unor limite.*

Limitele și eficacitatea clauzei de alegere a legii, atunci când limitele sunt respectate, depind de instanța care soluționează litigiul, *statală sau arbitrală*:

- În unele legislații, părțile pot alege doar o lege națională care are o oarecare legătură cu contractul încheiat; de exemplu, în Statele Unite ale Americii (în continuare, SUA), *instanțele statale* nu recunosc clauze de alegere a legii aplicabile, atunci când legea națională aleasă nu are o legătură substanțială sau rezonabilă cu contractul<sup>11</sup>. Instanțele arbitrale, însă, nu sunt ținute de această limită; în mai multe state din SUA normele de arbitraj comercial internațional au la bază *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*<sup>12</sup>, care permite părților să aleagă orice lege, inclusiv *lex mercatoria*, ca lege aplicabilă contractului lor; dar, *Federal Arbitration Act*, o reglementare veche din 1925, se aplică cu prioritate față de legile naționale ale statelor din federație<sup>13</sup>.

- În multe legislații, care recunosc autonomia de voință ca normă conflictuală, se stabilește că părțile pot alege o „lege” națională (indiferent dacă are sau nu o legătură cu contractul); acesta este și cazul statelor din Uniunea Europeană (în continuare, UE), în care este aplicabil Regulamentul Roma I cu privire la legea aplicabilă obligațiilor contractuale<sup>14</sup>. Această limită privește, însă, situația în care litigiul referitor la contract este soluționat de instanțele statale.

---

<sup>11</sup> A se vedea, J. F. Coyle, *op. cit.*, p. 346; Mo Zhang, *Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law*, în *Emory International Law Review*, vol. 20/2006, pp. 511-562, [Online] la:

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1084331](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1084331), accesat la 1 martie 2016.

<sup>12</sup> *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* a reprezentat legea model pe care s-a bazat legislația adoptată în 72 de state din lume, printre care și anumite state din SUA (California, Connecticut, Florida, Georgia, Illinois, Louisiana, Oregon, Texas); în acest sens, a se vedea, [Online] la: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html) accesat la 11 aprilie 2016.

<sup>13</sup> Pentru detalii, a se vedea, Ch. R. Drahozal, *Federal Arbitration Act Preemption*, în *Indiana Law Journal*, vol. 79/2004, pp. 393-425, [Online] la:

[http://ilj.law.indiana.edu/articles/79/79\\_2\\_Drahozal.pdf](http://ilj.law.indiana.edu/articles/79/79_2_Drahozal.pdf), accesat la 15 aprilie 2016.

Deoarece problema ordinii aplicării legilor într-un stat federal, în speță SUA, este complexă și presupune un studiu amănunțit, excede lucrării de față și deci nu va fi dezvoltată în acest articol.

<sup>14</sup> Regulamentul (CE) nr. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 iunie 2008 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma I), publicat în J. O., L 177 din 4. 07. 2008.

Instanțele arbitrale, reprezentând o justiție privată, nu sunt obligate să aplice Regulamentul. În legislația UE nu există, în prezent, reglementări uniforme cu privire la arbitraj; fiecare stat membru are norme proprii. În legislațiile naționale referitoare la arbitrajul internațional există prevederi conform cărora părțile pot alege o lege națională sau „reguli de drept”, acestea din urmă fiind considerate echivalente cu *lex mercatoria*.

*Care sunt limitele alegerii legii aplicabile conform legislației din România?*

În România, ca stat membru al UE, este aplicabil Regulamentul Roma I. *Instanțele statale* sunt obligate la aplicarea directă a acestuia. Astfel, în art. 2640 C. civ. român<sup>15</sup> se prevede că legea aplicabilă obligațiilor contractuale se determină potrivit reglementărilor dreptului UE, iar în materiile care nu intră sub incidența reglementărilor UE sunt aplicabile dispozițiile din Codul civil privind legea aplicabilă actului juridic. Conform Codului civil român, legea aplicabilă este legea aleasă de către părți [art. 2637 alin. (1)]. Potrivit dreptului UE, „contractul este guvernat de legea aleasă de către părți” [art. 3 alin. (1) din Regulamentul Roma I].

Din textul art. 3 alin. (1) din Regulamentul Roma I, ca de altfel și din art. 2637 alin. (1) C. civ. român, reiese recunoașterea supremației legii, în sensul că părțile pot să aleagă ca lege aplicabilă contractului numai *o lege* ce aparține ordinii juridice a unui stat<sup>16</sup>.

Faptul că în expunerea de motive a Regulamentului (la punctele 13 și 14) se precizează că Regulamentul nu înlătură posibilitatea părților de a include printr-o mențiune de trimitere în contractul lor un *corp de norme nestatale* sau o *convenție internațională*, nu înseamnă recunoașterea calității acestor norme de „lege” aplicabilă contractului, ci ele vor fi simple prevederi contractuale, care vor fi supuse legii naționale care reglementează contractul<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată în Monitorul Oficial nr. 505 din 15 iulie 2011, cu modificările și completările ulterioare.

<sup>16</sup> A se vedea, P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international prive*, Editura Montchrestien, Ediția a 9-a, Paris, 2007, pp. 532-534.

<sup>17</sup> A se vedea, A. Oprea, *Observații privind principiul autonomiei voinței în dreptul internațional privat al contractelor*, în Revista Română de Drept Privat, nr. 5/2012, pp. 105-107. Această încorporare nu este, însă, întotdeauna benefică părților. De exemplu, dacă se încorporează în contract Principiile UNIDROIT, este posibil ca acestea să intre în conflict cu prevederi din legea națională aplicabilă contractului. Un asemenea caz s-ar putea ivi cu ocazia adaptării judiciare a contractului în caz de impreviziune, adaptare care este recunoscută de

Textul art. 3 alin. (1) din Regulamentul Roma I și art. 2637 C. civ. rom. nu precizează ca între legea aleasă și contract să existe vreo legătură. Părțile pot alege orice lege, care corespunde cel mai bine intereselor lor comune, fără a justifica motivele alegerii ei. Această libertate de alegere este direct conectată cu interesele comerțului internațional<sup>18</sup>.

Limita impusă părților în alegerea unei legi care aparține unei ordini juridice se păstrează și în normele din Codul român de procedură civilă care reglementează *arbitrajul internațional*. În art. 1120 C. pr. civ. român se prevede că *tribunalul arbitral* aplică litigiului *legea stabilită de părți*. Această normă nu este, însă, imperativă, ceea ce înseamnă că părțile pot deroga de la ea.

#### 1. 2. Ce este *lex mercatoria*?

Dacă părțile, folosind autonomia lor de voință, aleg *lex mercatoria*, se pune problema ce înseamnă *lex mercatoria*.

Mai întâi, este posibil ca părțile să nu folosească noțiunea de *lex mercatoria* ca atare, ci alte noțiuni considerate echivalente. În literatura juridică, pentru a desemna *lex mercatoria*, se utilizează termeni precum *drept transnațional*, *norme a-naționale*, *principii generale de drept*. Nu există un consens cu privire la denumire, nici la componența *lex mercatoria*, nici cu privire la definiția acesteia și nici cu privire la posibilitatea ca aceasta să fie utilizată ca lege aplicabilă unui contract de comerț internațional.

La origine, în perioada medievală și a Renașterii, *lex mercatoria*, după unii autori, reprezenta un corp de reguli și principii create și utilizate de comercianți pentru reglementarea raporturilor dintre ei<sup>19</sup>. Această creație le permitea să soluționeze disputele și să execute deciziile prin amenințarea cu boicotul și excluderea<sup>20</sup>. Alți autori, critici ai ideii de *lex mercatoria*, au apreciat că nu a existat un asemenea sistem de reguli private, ci doar uzanțe

---

Principiile UNIDROIT, dar care ar putea contraveni unor dispoziții din legea națională, deoarece impreviziunea nu este recunoscută în toate legislațiile. A se vedea, în acest sens, M. Petsche, *The application of transnational law (Lex Mercatoria) by domestic courts*, în *Journal of Private International Law*, vol. 10, nr. 3/2014, p. 498.

<sup>18</sup> A se vedea, P. Stone, *EU Private International Law*, Second Edition, Editura Edward Elgar Publishing, 2010, Cheltenham, UK, p. 301.

<sup>19</sup> A se vedea, R. Goode, H. Kronke, E. McKendrick, *Transnational Commercial Law. Texts, Cases and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, 2015, 1. 21.

<sup>20</sup> A se vedea, B. L. Benson, *The Spontaneous Evolution of Commercial Law*, în *Southern Economic Journal*, vol. 55, nr. 3/1989, p. 649.

care au fost încorporate în legi și au condus la formarea legilor comerciale moderne<sup>21</sup>.

Această idee de ordine juridică special creată *de și pentru* comercianți a fost reluată în anii 1960, sub forma noii *lex mercatoria* (sau *New Law Merchant*). „Părinții” *lex mercatoria* sunt considerați a fi Berthold Goldman și Clive Schmitthoff<sup>22</sup>. Aceștia, în anii 1960, au arătat că *lex mercatoria* se distinge prin caracteristicile ei esențiale, care constau în originea ei privată și în ideea că *lex mercatoria* a fost creată *pentru* comunitatea internațională a comercianților, *de către* comunitatea internațională a comercianților<sup>23</sup>. Dreptul național nu poate reglementa multe probleme specifice comerțului internațional, au arătat aceștia. Dreptul internațional privat prin normele sale conflictuale conduce la incertitudine. Comunitatea internațională a comercianților are nevoie de reguli uniforme, care să corespundă necesităților și așteptărilor acesteia<sup>24</sup>.

În literatura juridică s-a exprimat și opinia<sup>25</sup> că noua *lex mercatoria* este similară Codului Piraților din Caraibe<sup>26</sup>. În filmul *Pirates of the Caribbean: Curse of the Black Pearl* din 2003 se fac referiri repetate la Codul lui Brethren, elaborat de pirații Morgan și Bartholomew, unele versiuni ale acestuia existând în realitate. Codul Piraților (*Pirata Codex*) era privit ca un set de reguli folosite de pirați pentru reglementarea conduitei și raporturilor dintre aceștia, cum era regula potrivit căreia prada se împărțea în mod egal și

---

<sup>21</sup> A se vedea, Ch. R. Drahozal, *Contracting out of National Law: An Empirical Look at the New Law Merchant*, în *Notre Dame Law Review*, 2005, pp. 526-528, [Online] la: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol80/iss2/4>, accesat la 1 martie 2016.

<sup>22</sup> A se vedea, E. Gaillard, *Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards- the Selective Application of Transnational Rules*, în *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 208; N. E. Hatzimihail, *The many lives – and faces – of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law*, *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, nr. 3/2008, p. 169 și urm.

<sup>23</sup> A se vedea, M. Petsche, *op. cit.*, p. 491.

<sup>24</sup> A se vedea, C. Wasserstein Fassberg, *Lex Mercatoria-Hoist with Its Own Petard?* în *Chicago Journal of International Law*, vol. 5, nr. 1/2004, p. 68.

<sup>25</sup> A se vedea, Ch. R. Drahozal, *The Making of the Award: Comments on Case Law Developments Under the UNCITRAL Model Law*, în *International Arbitration Law Review*, vol. 8/2005, p. 186, [Online] la: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1888575](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1888575), accesat la 10 aprilie 2016.

<sup>26</sup> Pentru detalii, a se vedea, [Online] la: [http://pirates.wikia.com/wiki/Code\\_of\\_the\\_Pirate\\_Brethren](http://pirates.wikia.com/wiki/Code_of_the_Pirate_Brethren), accesat la 2 aprilie 2016.



just între pirați<sup>27</sup>, adică un fel de *lex mercatoria*. Deosebirea între Codul Piraților (*lex mercatoria* piraterească) și *lex mercatoria* utilizată de operatorii de comerț internațional constă în modalitatea de soluționare a neînțelegerilor ivite cu ocazia aplicării lor: între pirați neînțelegerile se soluționau prin utilizarea forței și a autorității căpitanului, pe când între comercianți disputele se rezolvă prin metode amiabile, pe calea arbitrajului ori pe cale judecătorească.

Alți autori, într-un studiu publicat în 1996, au arătat că *lex mercatoria* a fost creată în anii 1960 de un grup de arbitri europeni (referindu-se la Goldman și Schmitthoff) în ideea de a le da totală libertate și discreție în soluționarea litigiilor dintre corporațiile de petrol din Vest și noile state independente din lumea a treia<sup>28</sup>. Întrucât în aceste litigii, părți erau statele, legea aplicabilă era o problemă delicată, nici una dintre ele nefiind dispusă să accepte legea națională a celeilalte. În aceste condiții, fostele colonii au acceptat principiile generale de comerț internațional (adică *lex mercatoria*) ca lege aplicabilă disputelor lor.

Indiferent de rezultatul disputei doctrinare cu privire, atât la originea *lex mercatoria* medievale, cât și a celei contemporane, este incontestabil faptul că *lex mercatoria* există, funcționează și se aplică. *Lex mercatoria* este larg acceptată: părților contractante le este permis să aleagă *lex mercatoria* ca lege aplicabilă contractului lor; arbitrii soluționează litigii de comerț internațional aplicând *lex mercatoria*; statele permit arbitrajului internațional o largă autonomie, admițând executarea hotărârilor arbitrale fără a le cerceta fondul (adică fără a cerceta dacă legea aplicată a fost o lege națională sau a fost *lex mercatoria*)<sup>29</sup>.

*Lex mercatoria* are semnificații diferite pentru persoane diferite. Ar putea fi reținute trei semnificații majore<sup>30</sup>:

- *Lex mercatoria* este o ordine juridică autonomă, creată spontan de părțile implicate în relațiile economice internaționale și care există independent de

---

<sup>27</sup> A se vedea, Ch. R. Drahozal, *The Making of the Award*. . . *op. cit.*, p. 186.

<sup>28</sup> A se vedea, Y. Dezalay, B. G. Garth, *Dealing in virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, University of Chicago Press, 1996, p. 89 și urm. ; G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 406.

<sup>29</sup> A se vedea, G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 374.

<sup>30</sup> A se vedea, Ch. R. Drahozal, *Busting Arbitration Myths*, în *Kansas Law Review*, vol. 56, nr. 3/2008, p. 670 (nota de subsol 44), [Online] la: <http://ssrn.com/abstract=1878007>, accesat la 2 aprilie 2016.

ordinile juridice naționale. Această abordare este cea mai ambițioasă și aparține celor mai mari susținători ai *lex mercatoria*. Pentru ca *lex mercatoria* să fie o ordine juridică privată și autonomă este necesar să îndeplinească toate caracteristicile unei ordini juridice<sup>31</sup>, adică integralitate, caracter structurat, capacitatea de a evolua și predictibilitate; deși unii autori afirmă că *lex mercatoria* îndeplinește aceste caracteristici, alții demonstrează contrariul<sup>32</sup>.

- *Lex mercatoria* este un corp de reguli în măsură să soluționeze un litigiu, operând ca o alternativă la o lege națională.

- *Lex mercatoria* nu semnifică altceva decât consolidarea graduală a uzanțelor comerciale internaționale și poate fi folosită doar în completarea unei legi naționale și nu în loc de legea națională aplicabilă contractului<sup>33</sup>.

Oricare ar fi semnificația noțiunii, se pune întrebarea ce conține *lex mercatoria*? În literatura juridică, pentru a determina conținutul *lex mercatoria* se utilizează două metode: metoda listei și metoda funcțională.

Adeptii metodei listei consideră că *lex mercatoria* medievală era compusă din principiile bunei credințe, reciprocității și nediscriminării între comercianții locali și cei străini. În prezent, *lex mercatoria* înseamnă un număr de principii și reguli, veritabile *jus gentium*, pentru raporturile private<sup>34</sup>. Unii autori consideră că *lex mercatoria* este constituită atât din uzanțe, cât și din principii generale<sup>35</sup>. Alți autori tratează separat uzanțele de principiile generale, considerând că nu se confundă<sup>36</sup>. *Lex mercatoria* are în componență reguli *materiale* de drept transnațional; nu conține norme conflictuale.

Profesorul Klaus Peter Berger a încercat să facă o codificare a principiilor și regulilor care reprezintă *lex mercatoria*, reunindu-le în

---

<sup>31</sup> A se vedea, E. Gaillard, *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?*, în *Arbitration International*, vol. 17, nr. 1/2001, p. 65 și urm.

<sup>32</sup> A se vedea, A. F. M. Manriruzzaman, *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?* în *American University International Law Review*, vol. 14, nr. 3/1999, p. 670.

<sup>33</sup> A se vedea și, M. Petsche, *op. cit.*, p. 490; J. Paulsson, *La Lex Mercatoria dans l'Arbitrage C. C. I.*, în *Revue de l'Arbitrage*, 1990, p. 58.

<sup>34</sup> A se vedea, C. Kessedjian, *Droit du commerce international*, Editura Presses Universitaires de France, Paris, 2013, p. 83.

<sup>35</sup> A se vedea, J. -B. Racine, F. Siirainen, *Droit du commerce international*, Ediția a 2-a, Editura Dalloz, Paris, 2011, apud, Catherine Kessedjian, *op. cit.*, p. 83.

<sup>36</sup> A se vedea, C. Kessedjian, *op. cit.*, p. 83.

renumita „*creeping list*”. Acestea au fost 39 la început, pentru ca în 2010 să depășească 100<sup>37</sup>.

Alți autori<sup>38</sup> consideră că *lex mercatoria* este formată din două categorii de principii<sup>39</sup>:

■ principii care privesc *loialitatea* în contractele de comerț internațional, și anume:

- interdicția de a invoca lipsa de competență a negociatorului (prezumpția de competență a operatorilor de comerț internațional, ceea ce contribuie la siguranța tranzacțiilor);
- interdicția de a se contrazice în detrimentul altuia (ceea ce în sistemul *common law*, de unde provine, se numește *estoppel*)<sup>40</sup>;
- *contra proferentem* (împotriva celui care propune) reprezintă o regulă de interpretare a termenilor sau clauzelor ambigue, îndoielnice din contract, care stabilește că acestea vor fi interpretate împotriva celui care le propune;
- buna credință;
- obligația de informare;
- interdicția de corupție;
- obligația de a minimiza prejudiciul;
- obligația de cooperare;

■ principii care privesc *eficacitatea* contractelor de comerț internațional, și anume:

- *pacta sunt servanda*<sup>41</sup>;
- obligația de renegociere în caz de impreviziune (*hardship*);
- forța majoră;
- excepția de executare;

---

<sup>37</sup> A se vedea, K. P. Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Second Edition, Kluwer Law International, 2010.

<sup>38</sup> A se vedea, C. Kessedjian, *op. cit.*, p. 84.

<sup>39</sup> A se vedea și C. T. Ungureanu, *Dreptul comerțului internațional. Contracte de comerț internațional*, Editura Hamangiu, București, 2014, pp. 9-10.

<sup>40</sup> P entru detalii, a se vedea, A. C. Ciurea, *Despre teoria estoppel sau noi instrumente de filtrare a acțiunilor în justiție*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 4 /2012.

<sup>41</sup> Pentru o analiză detaliată a principiului *pacta sunt servanda* în comerțul internațional, a se vedea, B. Bramban, *Le principe pacta sunt servanda en droit du commerce international. Étude critique d'un principe de droit transnational*, 2013, teză de doctorat, [Online] la: <http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/95/61/71/PDF/2013NICE0047.pdf>, accesată la 8 august 2014.

- efectul util.

Adeptii metodei funcționale, începând cu creatorul acesteia, profesorul Emmanuel Gaillard, consideră că *lex mercatoria* trebuie folosită ca o metodă și nu ca o listă de reguli. Această abordare constă în aceea că, într-un caz dat, soluția trebuie să se bazeze nu pe legea indicată de norma conflictuală tradițională, ci pe analiza comparativă a legilor cu care contractul litigios prezintă legături, analiză care îi va îndreptați pe arbitri să aplice regula cea mai larg acceptată, în toate aceste ordini juridice, în opoziție cu o lege națională, care poate conține prevederi puțin recunoscute și acceptate în practica de comerț internațional<sup>42</sup>.

Folosirea *lex mercatoria* ca metodă și nu ca listă are avantajul de a elimina critica referitoare la caracterul limitat al listei. O listă, oricât de exhaustivă ar fi, nu poate cuprinde toate principiile generale de comerț internațional. De asemenea, există mai multe liste, astfel încât arbitrii ar putea fi puși în situația să soluționeze un conflict de liste<sup>43</sup>, în loc de un conflict de legi<sup>44</sup>. De exemplu, *hardship* are o semnificație diferită în Principiile UNIDROIT<sup>45</sup> și în Principiile Lando<sup>46</sup>.

## **2. Cazul în care părțile contractante aleg ca lege aplicabilă contractului lor *lex mercatoria*.**

### **2. 1. De ce părțile aleg *lex mercatoria*?**

Care este motivul pentru care părțile contractante ar putea să prefere *lex mercatoria* și nu o lege națională? Un răspuns posibil ar fi reducerea

---

<sup>42</sup> A se vedea, E. Gaillard, *Transnational Law...*, *op. cit.*, pp. 62-63.

<sup>43</sup> Totuși listele sunt utile. Dacă nu se pune problema mai multor liste care se contrazic între ele, arbitrii le pot utiliza pentru soluționarea litigiilor.

<sup>44</sup> A se vedea, E. Gaillard, *Transnational Law...*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>45</sup> UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, [Online] la: <http://www.UNIDROIT.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>, accesat la 12 martie 2016.

<sup>46</sup> The Principles Of European Contract Law, [Online] la:

<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.1998/toc.html>, accesat la 10 martie 2016.

A se vedea comparativ art. 6. 2. 1. -6. 2. 3. din Principiile UNIDROIT și art. 6. 111 din Principiile Lando.

costurilor<sup>47</sup>. Astfel, în cazul în care aleg o lege națională, aceste costuri, care constau în resursele alocate pentru studiul legii de către avocați, interpretarea legii, pentru analiza jurisprudenței referitoare la tipul de contract încheiat, precum și cu privire la redactarea și negocierea clauzei contractuale care conține legea aleasă, sunt mult mai mari decât costurile pentru încheierea unui contract intern (adică un contract care se încheie și își produce efectele pe teritoriul unui singur stat, fără a exista nici un element de extraneitate). În plus, legea aleasă va fi străină pentru cel puțin una dintre părțile contractante. Prin urmare, încheierea unui contract internațional presupune costuri suplimentare datorită absenței unei legi internaționale a contractelor. Dacă o asemenea lege ar exista și s-ar aplica automat, părțile nu ar trebui să se mai preocupe de legea aplicabilă contractului lor și astfel s-ar reduce costurile<sup>48</sup>. *Lex mercatoria* poate fi asimilată unei asemenea legi.

Un alt răspuns, care pare evident, este acela că un set de reguli generate de comunitatea internațională a comercianților pentru ea însăși nu îi poate fi decât benefic și potrivit ca să-i satisfacă interesele.

Un alt răspuns ar putea consta în nevoia de a reduce incertitudinea juridică. Contractele sunt instrumentele de bază pentru raporturile de comerț internațional. Părțile trebuie să cunoască în avans dacă prevederile contractuale sunt eficace și care sunt normele supletive care se aplică în cazul în care lipsesc prevederi contractuale pentru o anumită situație. Atunci când părțile aleg o lege națională ca lege aplicabilă, aceasta conține norme supletive, care se vor aplica acolo unde contractul nu prevede; părțile trebuie să analizeze normele supletive și să constate dacă acestea sunt convenabile intereselor lor; altfel, să redacteze prevederi contractuale diferite de normele supletive. De asemenea, legea națională conține și norme imperative, care pot invalida prevederi contractuale sau care, în cel mai pesimist scenariu, pot anula contractul în întregime<sup>49</sup>. De exemplu, multe părți contractante la un contract de vânzare internațională de mărfuri exclud aplicarea Convenției de

---

<sup>47</sup> A se vedea, J. Basedow, *Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective*, în *Uniform Law Review*, vol. XII, nr. 4/ 2007, p. 697 și urm. ; G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 384.

<sup>48</sup> A se vedea, A. Stone Sweet, *The New Lex Mercatoria and Transnational Governance*, în *Journal of European Public Policy*, 2006, pp. 627–646; Cuniberti G., *op. cit.*, p. 387.

<sup>49</sup> A se vedea G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 385.

la Viena din 1980<sup>50</sup>, deoarece are norme prea vagi, care nu le conferă certitudine și siguranță juridică<sup>51</sup>.

2. 2. Asigură *lex mercatoria* certitudine și siguranță juridică părților contractante?

Criticii *lex mercatoria* pretind că nu<sup>52</sup>. Conceptul de *lex mercatoria* este prea vag și lipsit de predictibilitate<sup>53</sup>. *Lex mercatoria* nu asigură un sistem legal complet, principiile și regulile din conținutul său fiind prea vagi și lipsite de consistență<sup>54</sup>. Este dificil de stabilit conținutul *lex mercatoria*<sup>55</sup>. Incertitudinea *lex mercatoria* conduce la pericolul ca orice arbitru ori judecător să creeze formula sa personală a conceptului<sup>56</sup>. Părțile contractante nu cunosc la momentul încheierii contractului lor care sunt regulile după care să-și dirijeze conduita. Această incertitudine creează o mai mare probabilitate de litigii între părți.

Unii autori<sup>57</sup> afirmă că părțile contractante sunt puțin interesate de *lex mercatoria* și, din datele disponibile, numai în 2% din cazuri părțile aleg ca lege aplicabilă *lex mercatoria*<sup>58</sup>. Mult mai interesați decât părțile sunt arbitrii internaționali și teoreticienii<sup>59</sup>. Aceștia recomandă *părților lex mercatoria* din diferite motive.

---

<sup>50</sup> Convenția Națiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internațională de mărfuri, încheiată la Viena la 11 aprilie 1980, la care România a aderat prin Legea nr. 24/1991, publicată în Monitorul Oficial nr. 54 din 19 martie 1991.

<sup>51</sup> A se vedea, G. F. Coyle, *op. cit.*, pp. 365-366; G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 389.

<sup>52</sup> Pentru o listă exhaustivă a autorilor care critică *lex mercatoria*, a se vedea, M. R. Sammartano, *International Arbitration. Law and Practice*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2001, p. 440 și urm.

<sup>53</sup> A se vedea, M. L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, New York, 2008, p. 60; Drahozal Ch. R., *Busting. . . op. cit.*, p. 671.

<sup>54</sup> A se vedea, K. P. Berger, H. Dubberstein, S. Lehmann, V. Petzold, *The Central Enquiry on the Use of Transnational Law in International Contract Law and Arbitration: Background, Procedure and Selected Results*, în Berger K. P. editor, *The Practice of Transnational Law*, Kluwer Law International, 2002.

<sup>55</sup> A se vedea, M. R. Sammartano, *op. cit.*, p. 422.

<sup>56</sup> A se vedea, *Idem*, p. 440.

<sup>57</sup> A se vedea, Ch. R. Drahozal, *Contracting out. . . , op. cit.*, p. 537 și urm.

<sup>58</sup> A se vedea, G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 403.

<sup>59</sup> A se vedea, *Idem*, pp. 405-415.

Arbitrii preferă *lex mercatoria* pentru că le dă posibilitatea să nu aplice o lege națională cu care nu sunt familiarizați. Este posibil chiar ca arbitrii să nu fie juriști, ci experți, ceea ce face și mai dificilă înțelegerea complexității și aplicarea unei legi naționale. De regulă, tribunalul arbitral este compus din trei arbitri de naționalități diferite, care fac parte din ordini de drept diferite. Dacă sunt juriști, fiecare va cunoaște legislația și aplicarea ei în statul de unde provine. Dacă tribunalul arbitral va aplica o lege națională, aceasta va fi străină pentru cel puțin doi dintre arbitri (poate fi și o lege „neutră”, străină pentru toți). Pentru a evita ca partea care pierde să pună problema competenței profesionale a arbitrilor sau chiar a alegerii arbitrajului pentru soluționarea litigiului, arbitrii aplică reguli vagi și slab definite, adică *lex mercatoria*<sup>60</sup>. În acest mod nu li se poate imputa că legea națională nu a fost aplicată corect, în litera și spiritul ei. În plus, aplicând *lex mercatoria*, se sprijină și piața de servicii internaționale de arbitraj<sup>61</sup>.

Teoreticienii scriu despre *lex mercatoria* ca să demonstreze cunoștințele lor în dreptul transnațional, ca potențiali arbitri ori avocați specializați în *lex mercatoria*, de care părțile pot ține seama la alegerea lor<sup>62</sup>.

Unele instituții de arbitraj internațional, care elaborează modele de contracte internaționale, sunt interesate ca în soluționarea litigiilor să se aplice *lex mercatoria*. De exemplu, International Chamber of Commerce (în continuare, ICC) recomandă părților, în modelele de contracte pe care le propune părților<sup>63</sup>, alegerea *lex mercatoria*<sup>64</sup>. ICC fiind o organizație privată nu poate elabora norme obligatorii, ci doar *soft law*<sup>65</sup>. Prin utilizarea acestor

---

<sup>60</sup> A se vedea, G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 415.

<sup>61</sup> *Idem* p. 405.

<sup>62</sup> A se vedea, J. Karton, *International Arbitration Culture and Global Governance*, în W. Mattli, Th. Dietz, editors, *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence* (Oxford University Press, 2014), [Online] la:

<http://ssrn.com/abstract=2363751> accesat la 1 aprilie 2016; Lalive P., *Sur une „commercialization” de l’arbitrage international*, [Online] la:

[http://www.lalive.ch/data/publications/pla\\_Sur\\_une Commercialisation de l\\_Arbitrage International.pdf](http://www.lalive.ch/data/publications/pla_Sur_une_Commercialisation_de_l_Arbitrage_International.pdf), accesat la 8 aprilie 2016; Cuniberti G., *op. cit.*, p. 405.

<sup>63</sup> De exemplu, în *The ICC Short Form Model Contracts. International Commercial Agency. International Distributorship*, ICC Publishing S. A., Paris, 2001, pp. 8-9 și p. 22.

<sup>64</sup> A se vedea, G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 425.

<sup>65</sup> Prin *soft law* se înțeleg normele care nu pot fi puse în executare cu ajutorul forței publice (coercitive a statului). Aceste norme pot proveni de la un guvern, de la organizații internaționale, instituții private, profesionale sau asociații profesionale ori de comerț; pentru

modele la scară largă se obține recunoașterea lor în comunitatea internațională a operatorilor de comerț internațional. Unele dintre modelele ICC, cum sunt Regulile INCOTERMS, sunt atât de mult utilizate, încât au fost recunoscute de unele instanțe statale ca uzanțe<sup>66</sup>. Utilizarea *lex mercatoria* la ICC crește prestigiul instituției, aduce profituri acesteia și contribuie la dezvoltarea arbitrajului internațional.

### 2. 3. În care tip de contracte părțile preferă *lex mercatoria*?

De regulă, în contractele de stat<sup>67</sup>, adică în contractele de investiții, încheiate între un stat (de primire) sau entități controlate de stat și un investitor străin, părțile pot conveni ca legea aplicabilă să fie *lex mercatoria*<sup>68</sup>. Motivele acestei alegeri constau în faptul că nici una dintre părți nu este dispusă să accepte dreptul celeilalte ca lege aplicabilă a contractului, pentru a se evita ca partea al cărei drept este ales să aibă avantaje față de cealaltă; de asemenea, în contractele pe termen lung, pe parcursul executării pot interveni schimbări radicale ale legislației statului de primire, iar *lex mercatoria* funcționează ca o clauză de stabilizare, schimbările intervenite în legislație (care *nu* este legea aplicabilă contractului) neafectând drepturile și obligațiile părților contractante.

În contracte de comerț internațional încheiate între operatori privați, părțile preferă, în mod frecvent, să aleagă o lege națională ca lege aplicabilă, sau o lege națională completată de principii și reguli care aparțin *lex mercatoria*<sup>69</sup>. Părțile sunt interesate să aleagă o lege pe care o cunosc, care știu cum este interpretată, cu o jurisprudență care le oferă certitudinea

---

detalii, a se vedea, Kaufmann-Kohler G., *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*, în *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, nr. 2/2010, p. 284 și urm.

<sup>66</sup> A se vedea, G. Cuniberti, *op. cit.*, p. 428 și nota de subsol nr. 206.

<sup>67</sup> Art. 1 lit. o) din Legea nr. 590/2003 privind tratatele, publicată în Monitorul oficial al României Partea I, nr. 23 din 12 ianuarie 2004: prin „contract de stat se înțelege o înțelegere încheiată de către statul sau Guvernul român, precum și de ministere sau alte autorități ale administrației publice centrale cu alt stat, guvern, organizație internațională, respectiv cu instituții financiare sau alte entități ce nu au calitatea de subiect de drept internațional în domeniul economic, comercial, financiar și în alte domenii și care nu este guvernată de dreptul internațional public.”

<sup>68</sup> A se vedea, M. L. Moses, *op. cit.*, pp. 62-63.

<sup>69</sup> A se vedea, Ch. R. Drahozal, *Contracting out. . . op. cit.*, pp. 546-548.



executării<sup>70</sup>. Numai atunci când nu pot ajunge la un acord cu privire la care lege națională să le reglementeze contractul (legea uneia sau alteia dintre părți ori chiar o lege „neutră” care nu are nici o legătură cu părțile sau cu contractul), părțile contractante pot decide ca *lex mercatoria* să le guverneze contractul, făcând trimitere, de exemplu, la Principiile UNIDROIT.

2. 4. Le este permis părților contractante să aleagă *lex mercatoria* ca lege aplicabilă contractului lor?

Răspunsul este afirmativ, atât timp cât părțile supun soluționarea litigiului dintre ele arbitrajului.

În multe legislații naționale care reglementează arbitrajul internațional există prevederi care permit părților să aleagă *lex mercatoria* ca lege aplicabilă contractului lor<sup>71</sup>. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*<sup>72</sup> din 1985, revizuit în 2006, a reprezentat o sursă *soft law* încorporată în multe legislații naționale (nu și în reglementările din România)<sup>73</sup>. În art. 28 (1) din *UNCITRAL Model Law* se prevede expres că părțile pot alege „reguli de drept” ca lege aplicabilă contractului. Noțiunea de „reguli de drept” a fost explicată în *Explanatory Note*<sup>74</sup> și reluată în *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*<sup>75</sup> în sensul că dă posibilitatea părților să aleagă nu numai o lege națională, ci și alte reguli de drept, de exemplu, reguli elaborate

---

<sup>70</sup> A se vedea, M. L. Moses, *op. cit.*, p. 70.

<sup>71</sup> A se vedea, M. Petsche, *op. cit.*, p. 498.

<sup>72</sup> Textul este disponibil [Online] la:

[https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf), accesat la 2 aprilie 2016.

<sup>73</sup> *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* a reprezentat legea model pe care s-a bazat legislația adoptată în 72 de state; în acest sens, a se vedea, [Online] la: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html) accesat la 11 aprilie 2016.

<sup>74</sup> *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration*, la nr. 39, p. 33, [Online] la: [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf), accesat la 2 aprilie 2016.

<sup>75</sup> *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, p. 121, [Online] la: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law/digests/mal2012.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/mal2012.html), accesat la 2 aprilie 2016.

de un forum internațional, care nu au fost încorporate într-un sistem de drept național.

Prevederi care permit părților să aleagă *lex mercatoria* există și în legislații de arbitraj care nu au la bază *UNCITRAL Model Law*. De exemplu, în legislația franceză (art. 1511 C. proc. civ. francez<sup>76</sup>), în cea elvețiană (art. 187 din Legea de drept internațional privat elvețian)<sup>77</sup>, în legislația engleză [art. 46(1)(b) din English Arbitration Act 1996]<sup>78</sup>.

În regulile de arbitraj ale celor mai cunoscute și utilizate instituții de arbitraj internațional există dispoziții care permit părților contractante să aleagă *lex mercatoria*. Astfel, de exemplu, în art. 21(1) din regulile de arbitraj ale *International Chamber of Commerce (ICC)*<sup>79</sup>, în art. 22(3) din regulile *London Court of International Arbitration (LCIA)*<sup>80</sup>, în art. 28(1) din regulile *American Arbitration Association (AAA)*<sup>81</sup>, în art. 27(1) din regulile *Vienna International Arbitration Center (VIAC)*<sup>82</sup> sunt dispoziții care dau dreptul părților să aleagă ca lege aplicabilă pentru soluționarea litigiului „reguli de drept”<sup>83</sup>.

În Regulile de procedură arbitrală ale Curții de arbitraj comercial internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României,

---

<sup>76</sup> Conform art. 1511 C. proc. civ. francez, tribunalul arbitral judecă litigiul conform regulilor de drept alese de către părți. Codul de procedură civilă francez este disponibil [Online] la: [http://codes.droit.org/cod/procedure\\_civile.pdf](http://codes.droit.org/cod/procedure_civile.pdf), accesat la 1 aprilie 2016.

<sup>77</sup> Art. 187 din Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987 prevede că tribunalul arbitral judecă conform regulilor de drept alese de către părți. Textul legii este disponibil [Online] la: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/201407010000/291.pdf> accesat la 1 aprilie 2016.

<sup>78</sup> Conform art. 46 (1) (b) din English Arbitration Act 1996, dacă părțile au căzut de acord, tribunalul arbitral va soluționa litigiul în conformitate cu alte dispoziții (decât o lege națională). Textul legii este disponibil [Online] la:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf>, accesat la 1 aprilie 2016.

<sup>79</sup> Disponibile [Online] la: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>, accesate la 2 aprilie 2016.

<sup>80</sup> Disponibile [Online] la: [http://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx](http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx), accesate la 2 aprilie 2016.

<sup>81</sup> Disponibile [Online] la: <http://www.jus.uio.no/lm/american.arbitration.association.international.arbitration.rules.2000/doc.html>, accesate la 2 aprilie 2016.

<sup>82</sup> Disponibile [Online] la: <http://www.viac.eu/en/arbitration/arbitration-rules-vienna/93-schiedsverfahren/wiener-regeln/144-new-vienna-rules-2013#JurisdictionoftheArbitralTribunal> accesate la 2 aprilie 2016.

<sup>83</sup> A se vedea și M. Petsche, *op. cit.*, p. 499.

București<sup>84</sup>, la art. 63 alin. (1) se prevede că: „Tribunalul arbitral soluționează litigiul în temeiul contractului principal și al normelor de drept aplicabile, ținând seama când este cazul de uzanțele comerciale și de principiile generale ale dreptului. ”.

2. 5. Dacă părțile contractante au ales *lex mercatoria* ca lege unică pentru a reglementa contractul lor, în caz de litigiu, cine o aplică?

Pot exista două situații:

- Părțile au încheiat o convenție de arbitraj și atunci arbitrii respectă voința părților; tribunalul arbitral va aplica legea sau regulile de drept alese de către părți. În normele de procedură ale celor mai mari instituții de arbitraj internațional există prevederi în acest sens<sup>85</sup>. Mai mult, în reglementările arbitrajului internațional din unele legi naționale există dispoziții referitoare la aplicarea de către arbitri a „regulilor de drept” alese de părți<sup>86</sup>.

*Hotărârea arbitrală* pronunțată prin aplicarea *lex mercatoria* va putea fi pusă în executare, la nevoie, prin apelarea la forța coercitivă a *statului*. Instanțele statale investite cu cereri de executare a hotărârilor arbitrale, nu verifică pe fond hotărârea și deci nu au competența de a se pronunța cu privire la legea aplicată.

- Părțile au ales o instanță statală pentru soluționarea litigiilor sau nu au făcut nici o alegere, caz în care competență va fi tot o instanță statală și atunci instanța statală, *nu* va putea respecta voința părților și *nu* va aplica *lex mercatoria*; instanța statală sesizată va înlătura alegerea părților, pe motiv că o asemenea alegere contravine ordinii publice a instanței sesizate și va aplica în loc legea indicată de normele conflictuale ale forului.

De exemplu, în dreptul englez, este permis ca o *instanță arbitrală* să soluționeze un litigiu prin aplicarea de *reguli nestatale*. Dar dacă este sesizată o instanță statală prin încălcarea clauzei de arbitraj, instanța statală nu va

---

<sup>84</sup> Disponibile [Online] la: [http://arbitration.ccir.ro/Reguli\\_de\\_procedura\\_arbitrala.pdf](http://arbitration.ccir.ro/Reguli_de_procedura_arbitrala.pdf) accesate la 11 aprilie 2016.

<sup>85</sup> ICC Rules, art. 17(1); London Court of International Arbitration Rules (“LCIA Rules”), art. 22. 3; International Center for Dispute Resolution of the American Arbitration Association Dispute Resolution Procedures (“ICDR Rules”), art. 28(1); United Nations Commission on International Trade Law Rules of Arbitration (“UNCITRAL Rules”), art. 33(1). 5

<sup>86</sup> A se vedea art. 1511 C. proc. civ. francez, art. 187 din Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987, art. 46 (1) (b) din English Arbitration Act 1996.

putea soluționa litigiul aplicând regulile nestatale alese de către părți. Instanța statală va putea, însă, pune în executare o hotărâre arbitrală, pronunțată în temeiul unor reguli nestatale alese de către părți, ca lege aplicabilă contractului dintre ele<sup>87</sup>.

2. 6. Dacă părțile contractante au ales *lex mercatoria* pentru completarea legii naționale aplicabile contractului lor, în caz de litigiu, cine o aplică?

În această situație, *lex mercatoria* va putea fi aplicată atât de tribunalul arbitral, cât și de instanța statală. Astfel, de exemplu, dacă părțile, în completarea prevederilor din legea aplicabilă contractului fac trimitere la Principiile UNIDROIT, instanța statală va ține seama de acestea, pentru că hotărârea va fi pronunțată, în principal, prin aplicarea unei legi naționale.

### **3. Cazul în care părțile nu au ales legea aplicabilă, iar instanța arbitrală sesizată aplică pentru fondul litigiului *lex mercatoria*.**

În lipsa alegerii legii aplicabile de către părți, nu se poate pune problema ca *instanțele statale* să aplice *lex mercatoria*. O instanță statală va determina legea, întotdeauna, aplicând propriile norme conflictuale sau va aplica direct norme materiale din convenții internaționale pe care statul din care face parte le-a ratificat/adoptat. Prin intermediul instanțelor statale, statul își exercită forța sa coercitivă. O instanță statală va aplica întotdeauna norme statale<sup>88</sup>.

*Dacă părțile au ales arbitrajul, dar nu au inclus în contractul lor o clauză de alegere a legii, cum o vor determina arbitrii? Vor putea aplica *lex mercatoria*? Determinarea legii aplicabile de către tribunalul arbitral în lipsa alegerii părților este reglementată în normele instituțiilor de arbitraj, în care, ca regulă, se permite arbitrilor să aplice *lex mercatoria*. De asemenea, în câteva reglementări naționale referitoare la arbitrajul internațional, arbitrilor le este permis să aplice *lex mercatoria*, în lipsa alegerii legii de către părți.*

Există trei posibile soluții de desemnare a legii aplicabile:

- Tribunalul arbitral aplică *normele conflictuale* pe care le consideră cele mai potrivite pentru determinarea legii aplicabile, nefiind ținut să utilizeze

---

<sup>87</sup> A se vedea, P. Stone, *op. cit.*, p. 302.

<sup>88</sup> Unii autori pledează pentru aplicarea dreptului transnațional (*lex mercatoria*) și de către instanțele statale; a se vedea în acest sens, M. Petsche, *op. cit.*, p. 505 și urm.

anumite norme conflictuale, aparținând unei anumite ordini juridice. De exemplu, conform *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* tribunalul arbitral determină legea utilizând normele conflictuale pe care le consideră cele mai potrivite [art. 28 (2)]; o prevedere similară se regăsește în English Arbitration Act din 1996 [art. 46 (3)]; conform art. 77 din Regulile de procedură arbitrală ale Curții de arbitraj comercial internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, București<sup>89</sup>, „1) Părțile sunt libere să determine, prin înțelegerea lor, legea aplicabilă fondului litigiului. (2) În lipsa unei atare determinări, se aplică legea stabilită de tribunalul arbitral pe baza normelor conflictuale pe care le consideră incidente în cauză.”;

- Tribunalul arbitral aplică *legea* pe care o consideră adecvată (fără să utilizeze mecanismul normelor conflictuale). De exemplu, în *UNCITRAL Arbitration Rules*<sup>90</sup>, revizuite în 2010, se prevede că tribunalul arbitral va aplica legea pe care o consideră cea mai potrivită (art. 35. 1 1. ); în art. 1120 alin. (1) C. proc. civ. român se prevede, în mod similar, că dacă părțile nu au desemnat dreptul aplicabil, tribunalul arbitral aplică legea pe care o consideră adecvată<sup>91</sup>. În multe legislații moderne, care reglementează arbitrajul, nu există prevederi referitoare la norme conflictuale pentru determinarea legii aplicabile<sup>92</sup>. Arbitrii nu pronunță hotărârea în numele unui stat și nu sunt obligați să aplice norme conflictuale, pentru că în arbitraj nu există *lex fori* (legea instanței sesizate)<sup>93</sup>.

- Tribunalul arbitral aplică *regulile de drept* pe care le consideră potrivite. Posibilitatea arbitrilor să aplice, în lipsa alegerii legii de către părți, „reguli de drept”, înseamnă îndreptățirea lor de a aplica *lex mercatoria*. Asemenea prevederi există, de exemplu, în dreptul francez (art. 1511 alin. 1 C. proc. civ. francez), în cel elvețian (art. 187 din Legea de drept internațional privat

---

<sup>89</sup> Disponibile [Online] la: [http://arbitration.ccir.ro/Reguli\\_de\\_procedura\\_arbitrala.pdf](http://arbitration.ccir.ro/Reguli_de_procedura_arbitrala.pdf) accesate la 11 aprilie 2016.

<sup>90</sup> Textul este disponibil [Online] la: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>, accesat la 2 aprilie 2016.

<sup>91</sup> Această normă nu este imperativă.

<sup>92</sup> A se vedea, M. L. Moses, *op. cit.*, p. 76.

<sup>93</sup> A se vedea, J. -M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *Droit du commerce international*, 3<sup>e</sup> Edition, Editions Dalloz, Paris, 2015, p. 898.

elvețian), și în alte legislații naționale<sup>94</sup>, precum și în reglementările marilor instituții de arbitraj [art. 21 (1) din ICC Rules; art. 22 (3) din LCIA Rules; art. 28 (1) din AAA Rules; art. 27 (2) din VIAC Rules]. Frecvent, tribunalele arbitrale aplică Principiile UNIDROIT<sup>95</sup>.

În dreptul francez, unii autori<sup>96</sup> interpretează textul art. 1511 C. proc. civ., în sensul că arbitrii pot aplica *lex mercatoria*, atât atunci când părțile au ales o lege, alta decât *lex mercatoria*, cât și în lipsa alegerii unei legi. Astfel, conform art. 1511 C. proc. civ. francez, tribunalul arbitral soluționează litigiul conform regulilor de drept alese de către părți, iar în absența alegerii, conform regulilor de drept pe care le consideră potrivite. Tribunalul ține seama în toate cazurile de uzanțele comerciale. Prevederea referitoare la uzanțe a fost interpretată în sensul că de uzanțe se ține seama în toate cazurile, fie că părțile au ales sau nu legea aplicabilă. Admițând că uzanțele, în accepțiunea extinsă, sunt echivalente cu *lex mercatoria*<sup>97</sup>, înseamnă că prevederea le permite arbitrilor să aplice *lex mercatoria* în orice situație consideră potrivit, indiferent de alegerea sau de lipsa alegerii părților cu privire la legea/regulile de drept. În sprijinul acestei idei stă o hotărâre a Curții Supreme Elvețiene<sup>98</sup>, care a apreciat că Principiile UNIDROIT și

---

<sup>94</sup> Este vorba despre dreptul olandez, belgian, egiptean, libanez ș. a.; a se vedea, în acest sens, E. Gaillard, *General Principles of Law in International Commercial Arbitration - Challenging the Myths*, în *World Arbitration & Mediation Review (WAMR)*, vol. 5, nr. 2/2011, p. 165.

<sup>95</sup> A se vedea, J. -M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *op. cit.*, p. 898.

<sup>96</sup> A se vedea, J. -M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *op. cit.*, p. 899. Alți autori consideră că uzanțele nu înseamnă *lex mercatoria*; a se vedea, de exemplu, E. Gaillard, *General Principles. . . op. cit.*, p. 164; M. Petsche, *op. cit.*, p. 503.

<sup>97</sup> În acest sens, a se vedea și K. Winnick, *International Commercial Arbitration, Anticipatory Repudiation, and the Lex Mercatoria*, în *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 15/2014, p. 847, [Online] la: <http://cardozojcr.com/wp-content/uploads/2014/04/Winnick.pdf>, accesat la 10 aprilie 2016.

<sup>98</sup> Federal Supreme Court, Switzerland, 16 December 2009, Decision 4A\_240/2009. Curtea Supremă Elvețiană, fiind sesizată cu o acțiune în anulare a unei hotărâri arbitrale, pe motiv că tribunalul arbitral a interpretat prevederile contractuale folosind Convenția de la Viena din 1980 cu privire la vânzarea internațională de mărfuri și Principiile UNIDROIT, pe când părțile aleseseră ca lege aplicabilă contractului legea materială elvețiană, a hotărât că prevederile după care a fost făcută interpretarea contractului fac parte din uzanțele de comerț internațional, și tribunalul arbitral a respectat voința părților. Conform prevederilor din legislația elvețiană, interpretarea contractului se face ținând seama de intenția comună a părților, sau, în lipsă, în funcție de așteptările unei persoane rezonabile. Părțile fiind companii

Convenția de la Viena din 1980 cu privire la vânzarea internațională de mărfuri fac parte din uzanțele de comerț internațional, pe care tribunalul arbitral le poate aplica indiferent de legea aleasă de către părți.

În art. 1120 C. proc. civ. român există o prevedere similară celei din dreptul francez referitoare la uzanțe: „Tribunalul arbitral aplică litigiului legea stabilită de părți, iar dacă părțile nu au desemnat dreptul aplicabil, legea pe care o consideră adecvată, în toate situațiile ținând seama de uzanțe și reguli profesionale. ”. Folosind interpretarea din dreptul francez, și prezumând că uzanțele și regulile profesionale fac parte din *lex mercatoria*, se poate ajunge la concluzia că tribunalul arbitral român este îndreptățit să aplice *lex mercatoria* în orice situație consideră potrivit, fie că părțile contractante au ales legea aplicabilă, fie că nu au ales-o. Având în vedere și prevederile art. 63 alin. (1) din Regulile de procedură arbitrală ale Curții de arbitraj comercial internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, București („Tribunalul arbitral soluționează litigiul în temeiul contractului principal și al *normelor de drept aplicabile*, ținând seama când este cazul de *uzanțele comerciale* și de *principiile generale ale dreptului*. (s. n. C. T. U. )”, această interpretare poate fi luată în considerare. Principiul confidențialității aplicabil în arbitraj<sup>99</sup> face dificilă obținerea de date cu privire la interpretarea în practica arbitrală a acestor prevederi.

---

străine (una din Africa de Sud și alta din Statele Unite ale Americii), care stabiliseră raporturi comerciale internaționale de lungă durată, se puteau aștepta, în mod rezonabil, ca termenii juridici din contractul lor să fie interpretați potrivit prevederilor din cele două instrumente internaționale. Rezumatul speței poate fi consultat [Online] la: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1575&step=Abstract>, accesat la 2 aprilie 2016.

<sup>99</sup> A se vedea, art. 7 alin. (3)-(6) din Regulile de procedură arbitrală ale Curții de arbitraj comercial internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României și art. 17 din Regulamentul privind organizarea și funcționarea Curții de arbitraj comercial internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României, disponibil [Online] la: [http://arbitration.ccir.ro/Regulamentul\\_privind\\_organizarea\\_si\\_functionarea\\_Curtii\\_de\\_Arbitraj\\_Comercial\\_International.pdf](http://arbitration.ccir.ro/Regulamentul_privind_organizarea_si_functionarea_Curtii_de_Arbitraj_Comercial_International.pdf), accesat la 10 aprilie 2016.

### Concluzii

*Lex mercatoria* reprezintă un corp de reguli nestatale, care poate fi folosit ca lege aplicabilă unui contract de comerț internațional. *Lex mercatoria* poate funcționa independent și autonom de ordinile juridice statale, dacă executarea contractului se face voluntar și nu apar neînțelegeri între părți. În caz de litigiu, *lex mercatoria* poate fi aplicată numai cu intervenția statului: alegerea *lex mercatoria* ca lege aplicabilă contractului, conform principiului autonomiei de voință, este permisă de stat; instanțele arbitrale, recunoscute de ordinile juridice statale, aplică *lex mercatoria*; hotărârile arbitrale, la pronunțarea cărora arbitrii au aplicat *lex mercatoria*, se execută silit prin utilizarea forței coercitive a statului.

Prin urmare, *lex mercatoria* poate fi legea aplicabilă contractelor de comerț internațional, cu condiția ca litigiile între părțile contractante să fie soluționate pe calea arbitrajului. *Lex mercatoria este direct conectată cu arbitrajul internațional*. O instanță statală ar putea ține seama de alegerea părților referitoare la *lex mercatoria*, numai dacă legea principală aplicabilă contractului este o lege națională, completată de norme din *lex mercatoria*.

Limitele impuse părților în alegerea legii aplicabile funcționează, în principal, atunci când litigiul este soluționat de instanțe statale. Dacă părțile aleg arbitrajul, atunci, ca regulă, acestea sunt îndreptățite să aleagă orice lege ori reguli de drept pentru soluționarea litigiului dintre ele. Instanțele arbitrale vor respecta alegerea părților. În lipsa alegerii legii, arbitrilor le poate fi permis să aplice *lex mercatoria*.

*Lex mercatoria* există, funcționează și se aplică. Rămâne, însă, cel puțin în prezent, o alternativă la legile naționale, care poate fi folosită doar în arbitrajul internațional.