

Legea aplicabilă contractului de comerț internațional

În mod obișnuit desemnarea legii aplicabile contractului de comerț internațional se face de către părți, prin acordul lor de voință, dar dacă acestea (adică părțile) nu se pronunță într-o atare problemă, revine organului de jurisdicție competența să rezolve chestiunea.

Atunci când părțile desemnează legea aplicabilă contractului lor, ele rezolvă, de regulă această problemă înaintea negocierii unor aspecte specifice cum ar fi, spre exemplu, transmiterea riscurilor între partenerii contractuali, modul și procedura de recepție, garanțiile de calitate, condițiile de plată și cele de credit. Practic însă este posibil ca problema determinării legii care va governa contractul să formeze o chestiune abordată numai în finalul discuțiilor dintre partenerii contractuali, creându-se prin aceasta o dificultate în plus în procesul derulării tratativelor și existând pericolul repunerii în cauza a ansamblului înțelegerilor convenite între aceștia.

Mai mult, uneori părțile omit, din neștiință, să indice *lex contractus*, neexploatând astfel un factor însemnat al asigurării securității și rentabilității contractuale. Alegerea, în schimb, cu titlul de *lex causae*, a unui sistem de drept echilibrat și precis, precum și preîntâmpinarea posibilității soluționării necorespunzătoare a unui eventual litigiu de către un organ de jurisdicție pot constitui tot atâtea premise ale succesului în afaceri.

Determinarea legii aplicabile contractului de comerț internațional prin acordul părților

În virtutea principiului *lex voluntatis* părțile pot desemna explicit sau implicit legea care va cărmui integralitatea operației juridice dintre ele, respective formarea, efectele, executarea și stingerea obligațiilor contractuale, afară dacă *lex contractus* nu a fost stabilită în mod imperative printr-o convenție internațională. Prin folosirea clauzei de *electio juris*, părțile evită incertitudinile pe care le provoacă un conflict de legi datorat caracterului internațional al contractului. Voința părților, astfel exprimată, îndeplinește funcția unei norme conflictuale denumită *lex voluntatis*.

Referirea partenerilor contractuali la o lege străină se poate face întrucât dreptul internațional privat român le îngăduie (în baza prevederilor art. 73 din Legea nr. 105/1992) o asemenea libertate. Prin urmare, voința părților nu are o valoare juridică proprie, orginară, ci numai una derivată. Concepția “autocrației contractuale” sau a contractului fără lege, care susține însușirea contractului de a genera obligații prin simpla sa existență, independent de orice sistem juridic, este în prezent depășită.

Chiar în ipoteza în care este avută în vedere teoria receptării contractuale a dreptului sau a încorporării dreptului – admițând că nimic nu se opune ca părțile să copieze totalitatea prevederilor unei legislații și că ele din considerente practice preferă numai să trimită, printr-o formulare globală la textele care le interesează – pot fi aduse în atenție următoarele obiecții:

a) teza receptiei contractuale a dreptului conduce la metamorfoza curioasă a legislației într-o serie de clause contractuale;

b) totodată ea nu ține seama de caracterul unitar al legii;

c) această teză compromite raportul asigurat prin normele juridice între interesele părților;

d) teza în discuție neglijează interesele terților;

e) ea nesocotește însași interesele generale ale societății;

f) în fine, dacă părțile nu încorporează nici o lege în contractul pe care ele îl încheie, instanța de judecată sau organul arbitrar urmează să hotărească care este sistemul de drept cu

care contractul are cele mai strânse legături, ceea ce crează o dualitate nejustificată de regim juridic.

Tendința generală în doctrina juridică fiind de a respinge teoria “autocrației contractuale” sau a contractului fără lege, s-a considerat că părțile ajung la un rezultat echivalent dacă se folosesc de contractile tip sau de uzatele comerciale internaționale ori dacă recurg, în caz de litigiu, la un arbitraj în echitate. Dar contractile tip nu sunt rupte de orice sistem de drept și presupun existența indicilor de localizare sau ele cuprind reguli care se integrează în conținutul *lex mercatoria*. În ceea ce privește legătura contractului cu *lex mercatoria*, această demonstrează numai că, de fapt, contractul își are sprijinul în alte izvoare de drept decât sistemele juridice naționale.

Principiul autonomiei de voință apare consacrat în covârșitoarea majoritate a legislațiilor țărilor lumii, fără să se verifice, totuși, afirmația potrivit căreia ar fi vorba de un principiu universal. Totodată, deși se dezvoltă în reguli cu conținut diferit de la o țară la alta, credem că el se poate articula și în sistemul principiilor *lex mercatoria*.

În virtutea principiului autonomiei de voință, părțile desemnează *lex contractus* prin clauza de *election juris*. Astfel se disting două contracte. În primul rând, cel prin care părțile cad de acord asupra legii aplicabile contractului. În al doilea rând, însuși contractul de comerț internațional care este supus legii aplicabile. Cele două contracte pot să fie guvernate de legi diferite.

Alegerea legii căreia îi va fi supus contractul poate interveni și ulterior momentului încheierii actului și, credem după începerea procesului, până la etapa abordării fondului. Odată ce *lex contractus* a fost desemnată, părțile au posibilitatea s-o schimbe, sub rezerva de a aduce atingere drepturilor dobândite de către terți (art. 76 din Legea nr. 105/1992).

Potrivit punctului de vedere al unui autori, obiectul voinței partenerilor contractuali nu este determinarea legii competente, ci localizarea contractului. O asemenea concepție încearcă să explice rațiunea pentru care legea aplicabilă contractului indică dacă consimțământul părților este generator de efecte juridice, în timp ce tocmai acest consimțământ se dovedește necesar pentru a arăta *lex contractus*. Soluția a fost criticată întrucât, dacă părțile doar localizează contractul iar organul de jurisdicție sesizat este cel care stabilește *lex contractus*, se restrânge rolul voinței partenerilor contractuali în desemnarea legii competente, cu consecințe în domeniul certitudinii și prezibilității relațiilor economice internaționale. Apoi, majoritatea contractelor de comerț internațional nu dau naștere la litigii, fiind, totuși trebuincioasă cunoașterea legii care va governa.

O altă controversă a fost provocată în doctrină de problema de a ști dacă *lex mercatoria*, compusă în principal din uzanțele comerciale internaționale, este sau nu aptă să figureze în calitate de *lex contractus*.

Punctul de plecare în analiza acestei probleme îl constituie îndeobște constatarea în conformitate cu care sistemele juridice naționale nu corespund cerințelor comerțului internațional, normele juridice pe care ele le conțin venind în contadicție cu caracterul internațional privat crează cel puțin următoarele inconveniente:

- există o pluralitate de jurisdicții naționale calificate să rezolve litigiile izvorâte din contractele de comerț exterior, fără a putea fi primită, datorită principiilor suveranității și independenței statelor, excepția de litispendență;

- se constată în absența unei coordonări din partea statelor, o mare diversitate a normelor conflictuale aparținătoare sistemelor de drept internațional privat naționale;

- se constată, de asemenea, diversitatea deosebită a normelor de drept substanțial cuprinse în legislațiile naționale;

- sistemele de drept naționale nu sunt adaptate imperativelor pe care le presupun raporturile comerciale internaționale;

- este adesea dificilă stabilirea conținutului dreptului străin;

- este dificilă obținerea executării sentințelor pronunțate în străinătate.

Dacă părțile raportează contractul dintre ele exclusive la uzanțele comerciale internaționale sau exclusiv la principiile generale ale dreptului, se poate naște problema aplicării sau nu *in globo* a *lex mercatoria*.

Înserarea în contract a unei clauze exprese prin care părțile își manifestă intenția de a nu supune contractul încheiat nici unei legi etatice, precum și imposibilitatea localizării contractului într-un sistem juridic național, atrag, de asemenea aplicarea *lex mercatoria*.

În schimb, clauza contractuală ce consemnează decizia părților de a recurge, în eventualitatea ivirii unui litigiu, la un arbitraj în echitate, nu determină *ipso facto* competența *lex mercatoria*, deoarece arbitri sunt îndreptățiți să aprecieze că soluționarea diferendului potrivit regulilor de drept strict, este întru totul conform cerinței echității.

Brevitatis causa. Încheind aici cu aceste rânduri asupra *lex mercatoria*, am aminti inspirată formulă a unui ex-șefedinte al Curții Internaționale de Arbitraj, care sublinia că *lex mercatoria* nu are probabil un viitor asigurat, dar ea are, cu certitudine, un trecut și un prezent.

Lex contractus cuprinde totalitatea normelor de drept material ale sistemului juridic ales, dar nu și normele sale conflictuale (art. 85 din Legea nr. 105/1992). Pe cale de consecință, în materie contractuală, retrimiteră este exclusă, evitându-se incertitudinile pe care le-ar provoca aplicarea normelor de drept internațional privat. Soluția este, în lumina dispozițiilor art. 85, evidentă, chiar dacă părțile nu au căzut de acord privitor la legea aplicabilă și instanța de judecată a recurs la criteriile localizării obiective.

“Părțile pot alegea legea aplicabilă totalității sau numai unei anumitei părți a contractului”, cum se exprimă în art. 75 din Legea nr. 105/1992. În alte cuvinte, este deschisă calea multiplicării regimului juridic al contractului, fiind permisă supunerea unor clauze contractuale unui sistem de drept, a altora, unui al doilea sistem ș.a.m.d. Rămâne la latitudinea părților să hotărească punctul unde se vor opri între crearea unui regim juridic uniform pentru condițiile de fond și cele de formă exterioară ale actului și “decuparea” contractului în mai multe segmente, guvernate de legi diferite.

Odată ce *lex contractus* a fost determinată prin consensul părților, modificările chiar ulterioare nu vor fi reflectate de contract. Soluția o deducem din prevederile art. 15 din Constituție, care consacră principiul nerecoactivității legilor. Practica arbitrară ajunge, în general, la aceeași concluzie, “înghețând legea aplicabilă la data încheierii contractului, pe baza unei reguli materiale a *lex mercatoria*. Refuzul de aplica legea nouă, chiar dacă ea retroactivează, se poate în temei și pe invocarea ordinii publice internaționale. Totuși, legea nouă care retroactivează va fi, credem, avută în vedere de instanțele de judecată.

Determinarea legii aplicabile contractului de comerț internațional de organul de jurisdicție

Până la promulgarea Legii 105/1992 organele de jurisdicție au folosit pentru identificarea *lex contractus*, în absența unei desemnări convenite expres sau implicit de către părți, în principal *lex loci actus*, iar în subsidiar, dacă prima se învedera improprie, *lex loci executionis*. Se urma astfel soluția de tradiție în dreptul internațional privat, considerându-se firesc ca actul să fie guvernat de legea statului unde a luat naștere. Și aceasta în profida faptului că locul formării actului are o semnificație redusă în situația contractelor încheiate între absenți, cum se întâmplă, de regulă în comerțul internațional.

În prezent, *lex contractus* este dată de legea statului în care debitorul prestației caracteristice are, la momentul încheierii contractului după caz, domiciliul sau în lipsă, reședința, ori fondul de comerț sau sediul social (art. 77 alin.1 din Legea nr. 105/1992). Prestația caracteristică fiind prestația pentru care este datorată plata, ea oferă satisfacție vânzătorului, prestatorului de servicii etc. Când vânzătorul livrează marfa în țara în care cumpărătorul are fondul de comerț sau sediul social, se apreciază pare-se, că inițiativa contractului trece de la vânzător la cumpărător și se aplică legea acelei țări (art. 89 lit. b din Legea nr. 105/1992).

Legea nr. 105/1992 reține ca și criteriu subsidiar, când contractul nu poate fi localizat în funcție de prestația caracteristică a uneia dintre părți, *lex loci actus* (art. 79 alin. 1).

Se cuvine însă să subliniem că partea interesată este îndreptățită să facă dovada că din circumstanțe rezultă legături mai strânse ale contractului cu legea altui stat decât cel al domiciliului sau sediul debitorului prestației caracteristice (art. 78 alin. ultim.). În scopul arătat, partea va demonstra convergența celorlalți indici de localizare – cum sunt, locul executării prestației, domiciliul ori naționalitatea comună a părților, obiectul contractului (spre exemplu, relația contractului cu un alt contract de comerț internațional), conținutul contractului (spre exemplu, recursul la un contract – tip sau la condițiile generale elaborate în legislația unui anumit stat ori la folosirea unui termen cunoscut numai de una din legile aflate în conflict), forma contractului (limba utilizată la redactarea documentelor contractuale) etc. – spre sistemul de drept al unei țări diferite.

În ceea ce privește practica arbitrară a CCI, pot fi puse în evidență trei tendințe dominante. Una se referă la aplicarea cumulativă a sistemelor de conflicte de legi în prezentă. Dacă fiecare dintre aceste sisteme trimit la același drept material, problema determinării dreptului competent dispare.

Corespunzător celei de a doua tendințe, stabilirea dreptului aplicabil are loc în conformitate cu principiile generale ale dreptului internațional privat (spre exemplu, contractul de agent va fi guvernat, după principiile amintite, de legea țării unde agentul își exercită îndatoririle).

În fine, potrivit celei de a treia tendințe, arbitrii procedează la localizarea directă a contractului, fără a avea în vedere vreun sistem de conflict de legi.

Domeniul de aplicare a legii contractului

Domeniul legii contractului cuprinde mai multe aspecte și anume:

A) *Formarea contractului. Aspecte subsumate de procesul formării contractului vizează:*

a) Condițiile de fond. Problematika aplicării legii contractului la condițiile de fond ale acestuia (adică ale contractului) se nuanțează în funcție de elementele contractului, și anume:

- Capacitatea părților. Capacitatea de a contracta este guvernată de legea națională a persoanelor fizice (art. 11 din Legea nr. 105/1992), respectiv de legea sediului social real al persoanei juridice (art. 40). Întrucât incapacitatea prevăzută de legea personală (*lex personalis*) poate să nu fie cunoscută celui alt contractant, actul este valabil dacă potrivit *lex loci actus* persoana era deplin capabilă și partenerul contractant a fost de bună credință. Totuși, regula nu se aplică referitor la transmiterea imobilelor (art. 17).

- Consimțământul. Regimul juridic al consimțământului este cărmuit de *lex contractus* care stabilește condițiile de existență și de validitate ale consimțământului (art. 81). Valoarea juridică a tăcerii depinde însă de legea națională a persoanei fizice sau de legea statului organic al persoanei juridice în cauză (art. 83). Conform sistemului nostru de drept tăcerea nu produce, în principiu, efecte juridice. Dar părțile pot să convină printr-un acord cu privire la raporturile lor viitoare, ca simpla tăcere, după primirea ofertei, valorează acceptare. De asemenea, corespunzător uzanțelor statornicite între partenerii de afaceri, tăcerea, păstrată un anumit interval de timp de la primirea ofertei, este considerată acceptare. Redactarea autorilor este totuși că indiferent de situație, nici o ofertă să nu fie lăsată fără un răspuns pozitiv sau negativ. Mai delicată este problema facturii care cuprinde condițiile diferite de cele stabilite inițial prin contract.

- Obiectul și cauza. Obiectul și cauza sunt guvernate de *lex contractus* (art. 82). Cu toate acestea, înserarea în contact a unor prevederi care contravin normelor cu caracter imperativ ale *lex contractus* credem că este, în principiu, valabilă, întrucât dispozițiile art. 75 permite multiplicarea regimului juridic al contractului. Va fi însă necesar ca părțile să dovedească faptul că au înțeles să supună clauzele contractului respectiv unei legi diferite,

deoarece facultatea multiplicării regimului juridic al contractului nu este recunoscută și organelor de jurisdicție.

Sunt de asemenea supuse legii contractului și sancțiunile nerespectării condițiilor de fond. Și e firesc să fie așa deoarece *lex contractus* cârmuiește acele condiții.

Totodată dispozițiile acestei legi primesc aplicare și în ce privește prescripția extinctivă (art. 147).

b) Condițiile de formă. Forma contractului este în principiu guvernată de *lex contractus* (art. 71 alin. 1). În eventualitatea în care legea aplicabilă condițiilor de fond impune, sub sancțiunea nulității, o formă solemnă, nici o altă lege nu este competentă să înlăture această cerință (art. 72).

c) Aspecte procedurale. Calitatea procesuală, obiectul și cauza acțiunii nu pot fi dissociate de aspecte de fond, fiind supuse, așadar, legii contractului (art. 160). *Lex contractus* primește aplicare și cu privire la mijloacele de probă (art. 161 alin. 1 și 3). Administrarea probelor se face însotrivit prevederilor conținute de *lex fori*.

B) *Efectele contractului*. Aspectele pe care le subsumează această sintagmă vizează persoanele între care se produc efectele contractului, interpretarea contractului și executarea contractului.

a) Cât privește persoanele față de care contractul de comerț internațional produce efecte acestea sunt indicate de *lex contractus*. Legea contractului reglementează efectele acestuia în raporturile dintre părți, dar și efectele pe care el le produce față de terți.

b) De asemenea *lex contractus* se aplică și în ce privește interpretarea contractului și determinarea naturii lui juridice (art. 80 lit. a). Totuși pentru lămurirea semnificației termenilor străini utilizați în cuprinsul actului, credem că este necesar să se apeleze la legea țării din terminologia căruia au fost preluați. Nimic nu împiedică însă părțile să definească ele însele termenii respectivi.

c) Adaptarea contractului, în situația intervenției unor evenimente imprevizibile pe parcursul executării lui, este și ea supusă legii contractului.

d) Rezoluțiunea contractului este guvernată tot de *lex contractus* (art. 80 lit. c).

e) În cazul în care prin contract au fost stipulate clause de consolidare valutară, aspectele vizând moneda de cont (care determină măsura obligației ce trebuie îndeplinită) sunt guvernate de *lex contractus*. Valoarea acestei monede este și rămâne cea stabilită de statul care a instituit-o.

f) Executarea obligațiilor izvorâte din contract și consecințele neexecutării lor totale sau parțiale sunt guvernate de *lex contractus* (art. 80 lit.b-c).

g) Alte aspecte ce intră în domeniul de aplicare a legii contractului sunt: punerea în întârziere a debitorului și forma în care aceasta trebuie făcută; responsabilitatea contractuală; prescripția dreptului la acțiune vizând drepturile subiective izvorâte din contract; posibilitatea de a se invoca *exception non adimpleti contractus*; noțiunea de forță majoră; condițiile de acordare a despăgubirilor și criteriilor de determinare a întinderii acestora; regimul juridic al clauzei penale.

În cazul în care *lex contractus* nu precizează modul de evaluare a prejudiciului, fiind vorba de o problemă de fapt, se aplică *lex fori*.

h) Dreptul de retenție este, credem, cârmuit de *lex contractus* și de *lex rei sitae*.

i) Riscurile contractului sunt guvernate de *lex contractus* (art. 91 lit. e).

j) Modul de stingere a obligațiilor izvorâte din contract intră sub incidența lui *lex contractus* (art. 80 lit. d).

k) Remiterea de datorie și tranzacția primesc incidența a lui *lex contractus*.

l) Novația este guvernată de *lex contractus* (art. 122).

m) În absența unei clause prin care părțile stipulează de comun acord care este legea aplicabilă contractelor bancare și garanțiilor bancare autonome, acestea sunt guvernate de legea sediului băncii. Contractele de asigurare împotriva riscurilor sunt supuse legii sediului

asigurătorului, dacă părțile contractante nu au decis altfel printr-o clauză expresă din contractul lor (art. 103 lit.c-d).