



6/2015

REVISTĂ INDEXATĂ ÎN BAZE DE DATE INTERNAȚIONALE (EBSCO, ProQuest, HeinOnline)

REVISTA ROMÂNĂ DE DREPT AL AFACERILOR

Cristina FLORESCU

Rolul pro-activ al arbitrilor în managementul
eficient al arbitrajului

Cezara CONSTANTINESCU

Arbitrabilitatea cauzelor în care una
dintre părți este o societate în insolvență

Alina Mioara COBUZ BAGNARU

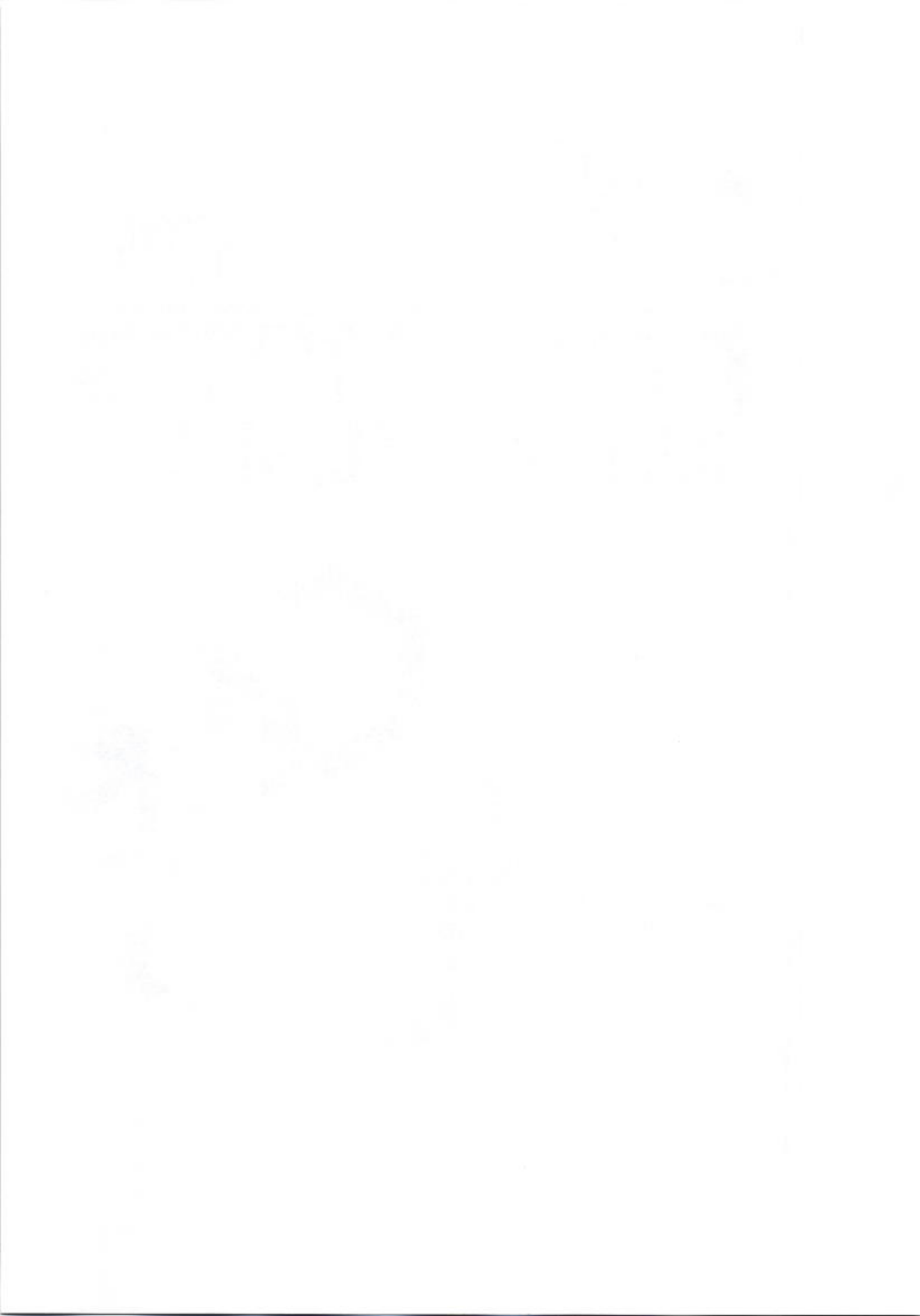
Importanța administrării probelor
în arbitrajul comercial
internațional. Examinarea
și cross-examinarea
martorilor

Marin VOICU

Sinteză de jurisprudență
arbitrală a Curții de Arbitraj
Comercial Internațional –
CCIR 2014 – trim. I 2015



 Wolters Kluwer
România



de drept comun,
procedurile de

transmisă legată

de insolvență
de insolvență
comună a unei
recuperarea
fi introduse

de debitorului
se indiferent

de art. 45
(de exemplu,
competenței
tribunalei chiar
acțiunile în
pentru a putea
deput prevăzute

Importanța administrării probelor în arbitrajul comercial internațional. Examinarea și cross-examinarea martorilor*

Dr. Alina Mioara COBUZ BAGNARU

Avocat, membru în Baroul București

ABSTRACT

Arbitration has had to deal with the fact that, when it comes to technical issues, lawyers are not indispensable for the settlement of disputes from the technical point of view. This solution may also work well for smaller disputes where law issues are clear and technicalities remain secondary, for larger disputes the situation is different.

Keywords: *the expert's role, Tribunal-appointed experts; party-appointed experts; expert witness, direct examination*

REZUMAT

Arbitrajul a trebuit să recunoască de multă vreme faptul că, avocații nu sunt indispensabili în sistemul de soluționare a diferendelor în fața aspectelor tehnice. Această soluție poate funcționa bine în cazul diferendelor mai mici, în care aspectele de drept sunt clare, iar aspectele tehnice rămân pe planul doi; în cazul diferendelor mai mari, situația este însă diferită.

Cuvinte-cheie: *rolul expertului, expert numit de tribunal, expert numit de parte, martor expert, examinare directă*

Legislație relevantă: Convenția ICSID

1. Aspecte generale privind rolul experților în arbitraje

În cazul diferendelor mai mari, în special în sectorul construcțiilor și a proiectelor de infrastructură, părțile au tendința de a alege un arbitru, care pe parcursul procedurii este asistat de martori

<http://aei.pitt.edu/>
in Court of Justice,

* Acest articol a fost prezentat în cadrul Conferinței internaționale „Challenges of Doing Business in the Global Economy” III – Panelul „Lumea afacerilor și arbitrajul comercial internațional” din 22 mai 2015, care a avut loc la Universitatea Creștină Dimitrie Cantemir, București.

experți, iar rolul expertului reflectă în mare parte rolul acestuia în procedura în instanță. Acest parteneriat poate fi eficace dar trebuie strict controlat și de către avocați, pentru a evita procedurile de durată, ineficiente și costisitoare. Din păcate, în unele arbitraje s-a dezvoltat o practică nesănătoasă de angajare a experților numiți de părți, pentru derularea unor lupte antagoniste de lungă durată. În unele situații, fiecare din părțile aflate în dispută își angajează propriul expert parte, iar fiecare dintre aceștia își redactează propriul material de expertiză. Ulterior, aceste expertize sunt comparate în cadrul procedurii de arbitraj, iar Tribunalul Arbitral recomandă de multe ori experților aflați în dispută, să elaboreze o listă în care să identifice aspecte tehnice, și puncte cu care experții sunt de acord și aspecte tehnice cu care aceștia se află în dezacord. Uneori însă, în arbitrajele complexe pentru rezolvarea aspectelor tehnice în dispută aflate în dezacord, se angajează un al treilea expert, de data aceasta un expert neutru, care are rolul de a soluționa punctele în dezacord și de a-și exprima propria opinie. Este de la sine înțeles că o asemenea procedură descrisă implică costuri ridicate, extinde durata arbitrajului, ceea ce contrazice în final principiul celerității în arbitraj.

La începutul secolului al XIX-lea, instanțele aveau o abordare critică asupra mijloacelor prin care avocații încercau să utilizeze prezentarea martorilor experți ca mijloc de derutare a procesului și de câștigare a unui avantaj tactic.

Arbitrii se confruntă deseori cu un instrument avocățesc deghizat ca raport de expertiză, care nu conține nimic din însemnele independenței și este clar întocmit de avocați și avizat de către experți, în schimbul unui tarif substanțial. Pentru a adânci problema, rapoartele se suprapun deseori și au un volum imens, iar fiecare aspect de importanță mai mare sau mai mică este exprimat, fără a se concentra clar asupra aspectelor cheie în diferend.

2. Experții numiți de Tribunalul Arbitral

În acest sens, pentru evitarea situației în care experții parte încearcă să consolideze poziția uneia dintre părți, dar și în scopul reducerii costurilor și a stopării acestor lupte antagoniste, Tribunalul Arbitral poate recomanda părților să utilizeze experții numiți de Tribunal, spre deosebire de experții numiți de părți. Este o abordare care prezintă avantajul neutralității, în raport cu sistemul de numire a experților de către părți.

De exemplu, atât în sistemul românesc cât și în sistemul francez, un expert numit de instanță se alege dintr-o listă limitată de „experți aprobați/acreditați” atunci când devine clară necesitatea numirii unui expert în dispută. Este posibil ca acești experți să fie necesari, fie pentru a înainta un raport în care sunt descrise faptele, fie pentru a da un raport scris de natură tehnică. Rapoartele experților se supun comentariilor părților, iar dacă aceștia nu își păstrează neutralitatea și independența, ei sunt recuzați de către părți.^[1] În cazul în care, părțile nu sunt satisfăcute de modul în care a fost redactat raportul, acestea pot solicita obținerea din partea judecătorului a unui raport suplimentar din partea expertului și într-o cauză complicată, poate fi convocat un complet de experți neutri pentru producerea unui raport comun.^[2]

^[1] S.A. Saleh, *Reflections on Admissibility of Evidence: Interrelation Between Domestic Law and International Arbitration (Reflecții privind admisibilitatea probelor: interrelația dintre legislația internă și arbitrajul internațional)*, *Arbitration International*, vol. 15, nr. 2, alin. 141-160 la p. 147.

^[2] B.R.J. Spencer, *Mischief and the Expert Witness (Scandalagiul și martorul expert)*, *Arbitration*, august 1991, alin. 185-186.

Importanța administrării probelor în arbitrajul comercial internațional. Examinarea și cross-examinarea martorilor

Se creează multă confuzie atunci când, în îndeplinirea mandatului său de expert independent una din părți refuză să pună la dispoziția expertului, documente. Această tendință generează imense cheltuieli de resurse de timp și costuri juridice care ar putea fi ușor evitate, dacă ar exista o mai mare cooperare între părțile adverse și experții acestora, într-un stadiu anterior al audierii finale.

Precizăm că, mai multe Regulamente de Arbitraj au introdus în regulamentele lor posibilitatea numirii experților de către Tribunalului Arbitral. Menționăm cu titlu de exemplu: Regulamentul de Arbitraj ICC; Regulamentul de Arbitraj Internațional AAA; Regulamentul de Arbitraj LCIA și Regulamentul de Arbitraj Uncitral. Conform Legii model și a Regulamentelor instituționale citate anterior, părțile pot avea îndoieli asupra unui expert numit de tribunal în cadrul unei audieri, dacă există dovezi în acest sens.

În 2015 a intrat în vigoare noul Regulament de Expertiză al Camerei Internaționale de Comerț care a înlocuit vechiul Regulament de Expertiză – din anul 2003, acest regulament având menirea de a clarifica și de a ajuta companiile, judecătorii, arbitrii și alte părți care utilizează serviciile unui expert, să rezolve disputele transfrontaliere^[3].

ICC a utilizat Regulamentul de Expertiză în peste 350 de cazuri în ultimii 12 ani, cazuri în care s-au utilizat experți din toate domeniile, de la sectorul alimentară la cel financiar, sectorul construcțiilor sau cel energetic, transporturilor. Aceste servicii au fost solicitate de către părți din peste 50 de țări.

Regulamentul IBA privind administrarea probelor în arbitrajul comercial internațional („Regulile IBA”) promovează în mod activ utilizarea expertului numit de părți, dar propune o procedură care la primă vedere pare improbabil să aibă drept rezultat economisiri substanțiale de cost, din moment ce permite posibilitatea rapoartelor de expertiză ale experților numiți de părți, în dreptul la replică.^[4]

Prima parte a procedurii este foarte bună, stabilind reguli clare ale jocului. Tribunalul poate numi unul sau mai mulți experți care să raporteze cu privire la aspectele specifice după consultarea cu părțile. Expertul va fi numit conform termenilor de referință stabiliți de tribunal și transmiși și părților. Expertul trebuie să înainteze o declarație de independență tribunalului și părților, la adresa căreia părțile pot obiecta într-un termen stabilit de tribunal. Expertul poate solicita unei părți să îi furnizeze informații sau documente relevante și semnificative și să obțină accesul la proprietate sau la spații, în scopul inspecției în aceeași manieră ca și tribunalul arbitral. Toate informațiile și materialele furnizate expertului vor fi puse la dispoziția ambelor părți, iar acestea vor avea dreptul de a lua parte la orice inspecție a proprietății. Orice diferende privind dreptul expertului la accesul la informații, la documente sau proprietate vor fi soluționate de tribunal.

În momentul finalizării referinței, expertul va depune un raport scris către tribunal, care să includă o descriere a metodei, a dovezilor și a informațiilor utilizate pentru a ajunge la respectivele concluzii. O copie a acestui raport este apoi trimisă părților, care au drept de acces la toate elementele pe care s-a bazat expertul pentru a întocmi raportul și, la toate comunicările dintre expert și tribunal.

Părțile au un drept la răspuns fie prin depunere, fie printr-un raport al unui expert numit de părți. Expertul poate fi anchetat cu privire la constatările sale în cadrul unei audieri orale și cu privire

^[3] Noul Regulament de Expertiză ICC intrat în vigoare în anul 2015 și înlocuiește vechiul Regulament de Expertiză ICC din 2003, acest Regulament se regăsește în limbile Engleză, Franceză și Spaniolă.

^[4] Art. 6 – Experții numiți de părți.

la aspectele ridicate în depunerile de răspuns ale părților sau ale experților numiți de părți. În această ultimă etapă par să se năruiască eficiențele. Deși dreptul de a formula observații cu privire la raport este o garanție clară a principiului contradictorialității (*principe de contradictoire*), acestea vor fi limitate la depuneri. Noțiunea conform căreia părțile pot depune rapoarte ale experților numiți de părți, contrare concluziilor persoanelor numite de tribunal va avea drept rezultat, o reală „luptă a experților” pe care, prin numirea de către tribunal a acestora, se încearcă evitarea ei.

Deși majoritatea regulilor instituționale de arbitraj nu se pot pronunța cu privire la chestiunea discuțiilor experților pre-audiere, utilizarea acestora este expres abordată în Regulile IBA privind probele, astfel:

„5(3) Tribunalul Arbitral poate să ordone, după bunul plac, ca orice experți numiți de părți care și-au depus rapoartele de expertiză pe chestiuni identice sau similare, să se întâlnească și să discute în acest sens. În cadrul întâlnirii, experții numiți de părți vor încerca să ajungă la un acord cu privire la aceste aspecte legale, în care aveau diferențe de opinie în cadrul Rapoartelor de expertiză, și vor înregistra în scris acele aspecte asupra cărora au căzut de acord.”

Această referință reflectă în mod clar utilizarea din ce în ce mai frecventă a acestor întâlniri în arbitrajul internațional. Totuși, este într-o anumită măsură incompletă prin faptul că nu abordează situația acordului (cu caracter obligatoriu sau nu) și prezența avocatului. Astfel, acestea ar trebui să fie abordate separat, chiar dacă Regulamentul IBA este încorporat în ordinul procedural al tribunalului.

Părțile și avocații acestora sunt frecvent atente la întâlnirile experților, temându-se că și concesiile cea mai mică făcută în numele expertului acestora ar putea să le submineze speța, fie substantiv, fie strategic. De teamă că ar putea pierde controlul asupra propriului expert, avocatul legal, se știe, stabilește condiții privind întâlnirile sau, în cazuri rare, chiar instruește pe expert să nu fie de acord cu nimic. Astfel de măsuri fac ca discuțiile pre-audiere să fie contraproductive și mai degrabă, cresc costurile prin stabilirea unor tarife ale experților, decât le diminuează, scăzând timpul petrecut în audiere. Arbitrii ar trebui să nu se teamă să penalizeze această conduită prin ordine procedurale cu referire la costuri, dacă aceștia consideră că un comportament al unei părți a fost obstructiv în mod deliberat.

3. Despre principiile codului deontologic al experților

Judecătorul englez Justice Cresswell la începutul anilor 1990 a căutat să găsească soluții la aceste probleme, prin stabilirea unui cod deontologic al experților, în baza opiniilor juridice din spețele anterioare. Acest cod este stabilit în *Ikarian Reefer*^[5] și este o declarație clasică de bună practică pentru experți, în mod egal aplicabilă arbitrajului. Conținutul acesteia ar putea face parte din termenii de referință ai unui expert și ar putea fi inclus într-un ordin procedural. Mai exact se specifică:

– Dovezile de expertiză ar trebui să fie produsul independent al expertului neinfluențat din punct de vedere al formei sau al conținutului de exigențele litigiului;

^[5] *National Justice Compania Naviera SA v. Prudential Assurance Company Ltd (Ikarian Reefer)* (1993) 2 Lloyd's Rep, p. 68.

Importanța administrării probelor în arbitrajul comercial internațional. Examinarea și cross-examinarea martorilor

- Martorul expert ar trebui să ofere asistență independentă tribunalului prin intermediul unei opinii obiective și imparțiale privind aspectele ce țin de propria expertiză și nu ar trebui să-și asume niciodată rolul unui avocat;
- Martorul expert ar trebui să arate faptele sau ipotezele pe care se bazează opinia sa. Acesta nu ar trebui să omită luarea în considerare a faptelor materiale care ar putea să îi submineze opinia;
- Martorul expert ar trebui să clarifice cazul în care o întrebare sau o chestiune iese din sfera sa de expertiză;
- Dacă opinia unui expert nu este documentată corespunzător, pentru că acesta consideră că nu sunt disponibile suficiente date, atunci acest fapt trebuie arătat, cu mențiunea că opinia sa nu este decât una provizorie;
- Dacă după schimbul de rapoarte un martor expert se răzgândește cu privire la un aspect semnificativ, atunci schimbarea de perspectivă ar trebui comunicată celeilalte părți fără întârziere și, dacă este cazul, tribunalului arbitral și
- Orice documente menționate în probele expertului trebuie furnizate părții adverse în același timp cu schimbul de rapoarte.

4. Audierea martorilor în procesul ICSID

Precizăm că sediul materiei în acest sens se regăsește în Articolul 43(a) din Convenție; Regulile de arbitraj 24 și 33-36.

De regulă, înainte de audierea propriu-zisă în cadrul procedurii ICSID și nu numai, Tribunalul Arbitral transmite părților, prin intermediul unui Ordin Procedural un set de reguli, pe care părțile pot să comenteze și să își exprime propriul punct de vedere.

Acest schimb între părți și Tribunalul Arbitral, mijlocit prin intermediul secretariatului ICSID, are loc înainte de audierile de martori.

Acest set de reguli cuprinde printre altele:

- Tribunalul nu va admite nicio mărturie sau alte probe care nu au fost depuse odată cu depunerile scrise, exceptând cazul în care Tribunalul Arbitral stabilește că acest lucru este cerut de circumstanțe.
- Toate declarațiile martorilor sau rapoartele de expertiză vor fi semnate și datate de martorul factual sau expertul care le înaintează și vor avea atașate o copie a documentului de identificare a acestora.
- În 60 de zile anterior datei de audiere probatorie, dar nu mai devreme de 60 de zile de la primirea declarațiilor scrise și a rapoartelor de expertiză, fiecare parte va identifica martorii factuali și martorii experți ai părții adverse (care au trimis declarații scrise și rapoarte de expertiză) pe care intenționează să îi interogheze încrucișat (cross-examinarea). La puțin timp după notificările părților, Tribunalul va indica martorii și experții nechemăți de părți și pe care dorește să îi interogheze, dacă este cazul.
- Întrucât au existat cazuri în practică de fraudă, în practică este recomandabil ca examinarea prin video-conferință să nu se permită.

niți de părți. În
la observații cu
(*contradictoire*),
ne rapoarte ale
al va avea drept
torea, se încearcă

re la chestiunea
șulile IBA privind

niți de părți care
întâlnească și să
lungă la un acord
l Rapoartelor de
d.”

cestor întâlniri în
l că nu abordează
acestea ar trebui
nul procedural al

u-se că și concesi
ața, fie substantiv,
avocatul legal, se
se expert să nu fie
iproductive și mai
ninuează, scăzând
astă conduită prin
ament al unei părți

scă soluții la aceste
juridice din spețele
ă de bună practică
rtea face parte din
dural. Mai exact se

nfluențat din punct

1993) 2 Lloyd's Rep, p. 68.

- Tribunalul poate ignora declarația unui martor sau a unui expert chemat să își depună mărturia la audiere și care nu se înfățișează la audiere, fără motive solide.
- Martorii și experții vor fi examinați de fiecare parte sub controlul Tribunalului Arbitral.^[6] Înainte de a aduce probe, martorii vor face declarația prevăzută în Regula de arbitraj ICSID 35(2)^[7], iar experții vor face declarația prevăzută în Regula de arbitraj ICSID 35(3)^[8]. Tribunalul Arbitral poate examina martorul sau expertul în orice moment pe parcursul procedurii orale.
- Examinarea directă se va face în forma declarațiilor martorilor și a rapoartelor de expertiză. Totuși, *partea care aduce martorul poate efectua o scurtă examinare directă*. Sub rezerva instrucțiunilor Tribunalului Arbitral, nu va exista nicio limitare a sferei examinării încrucișate legată de conținutul declarației martorului sau a raportului de expertiză. Examinarea re-directă se va limita la subiectul examinării încrucișate.
- Exceptând altă înțelegere între părți și Tribunalul Arbitral, martorii factuali nu vor avea permisiunea de a intra în camera de audiere înainte de a-și prezenta mărturia verbală. Potențiala sechestrare a martorilor experți se va discuta în cadrul conferinței telefonice organizaționale, anterioară audierii.
- În cadrul acestei conferințe telefonice – se pot discuta și alte aspecte privind audierile, inclusiv posibilitatea participării martorilor la conferință.

5. Modul de abordare al unui diferend privind investițiile străine din perspectiva probatoriului^[9]

- Procedura derulării dezbaterilor orale se stabilește după terminarea procedurii scrise de către părți, împreună cu tribunalul arbitral, existând posibilitatea teleconferinței.
- În raport de complexitatea cazului se stabilește durata audierilor, *uzual între 3 și 5 zile a câte 8 ore în fiecare zi*, împărțirea timpului global între cele două părți în cote egale, alocarea timpilor aferenți fiecărui capăt de cerere ce includ și timpii necesari pentru prezentarea dovezilor și audierea martorilor, în cazul audierii încrucișate timpii se stabilesc pentru fiecare parte. În situația depășirii timpilor conveniți inițial ei se deduc din timpii alocați susținerilor ce urmează. În caz de economisire, ei se adaugă la timpii aferenți susținerilor ulterioare.
- *Nu există o practică unitară a tribunalelor arbitrale privind dezbaterile orale*. Tribunalul poate decide dacă audierea martorilor și a experților se face separat de susținerea pledoariilor finale ori, dacă audierea lor are loc în cadrul pledoariilor finale. Avocații trebuie să fie pregătiți pentru oricare dintre variante și trebuie să conducă foarte exact audierea martorilor și a experților, pentru a nu consuma timp suplimentar.

^[6] Regula 35 (1) Convenția ICSID.

^[7] Regula 35(2) Convenția ICSID: Înainte de a prezenta dovezi, fiecare martor va face următoarea declarație:
„Declar cu solemnitate, pe onoarea și conștiința mea, că voi spune adevărul și numai adevărul.”

^[8] Regula 35(3) Convenția ICSID: Înainte de a da declarația, fiecare expert va face următoarea declarație:
„Declar cu solemnitate, pe onoarea și conștiința mea, că declarația mea va fi conformă cu propria credință sinceră.”

^[9] 14 noiembrie 2013 Doru Băjan, www.juridice.ro

Importanța administrării probelor în arbitrajul comercial internațional. Examinarea și cross-examinarea martorilor

– În procedura ICSID dezbaterile sunt înregistrate și la sfârșitul fiecărei zile de dezbateri, părților li se predă câte o copie cu transcrierea dezbaterilor, în care sunt menționați timpii consumați de fiecare parte.

– *Orice intervenție se cronometrează.* În raport de timpul alocat și de nevoile efective, se poate recurge la tactica obligării adversarului să consume din timpul alocat pentru susținerile proprii prin intervenții pe procedură, pentru ca acesta să nu-și poată susține integral pledoariile.

– Nu există timpul necesar pentru prezentarea integrală a memoriului. Pledoariile se rezumă la prezentarea elementelor esențiale, împreună cu practica relevantă.

– Aceste comentarii vizează dezbaterile orale aferente acțiunii în răspundere. Pentru acțiunea în despăgubiri, dezbaterile sunt mult mai tehnice, sunt purtate în principal de experții părților și vizează raportul de expertiză pentru stabilirea cuantumului despăgubirilor.

6. Concluzii

Lupta experților, încrucișarea săbiilor din poziții consolidate, nu reprezintă calea cea mai eficientă de localizare a adevărului în materii științifice și tehnice complexe, în care tribunalul are nevoie de asistență. Totuși, există o gamă largă de instrumente și de tehnici puse la dispoziția arbitrilor, care să îi asiste în căutarea adevărului, în materiile invocate anterior și nu numai. Totuși, ar fi nerealist să se sugereze că aceste instrumente nu pot fi sabotate de intenția avocatului uneia dintre părți, de a stârni derută privind chestiunile, astfel căutând obținerea avantajului strategic.

Într-un astfel de caz, arbitrul ar trebui să clarifice că se așteaptă cooperare și că o conduită tactică având drept scop deraierea procesului, în tehnici inutile de tergiversare, trebuie penalizată sub aspectul costurilor.

