

Anul 3 / Nr. 1

ianuarie -  
martie 2009

Revistă evaluată,  
clasificată și aflată  
în evidența C.N.C.S.I.S.,  
Cod 138, nr. de  
înregistrare 9059/5.11.2008



CAMERA DE COMERȚ ȘI INDUSTRIE A ROMÂNIEI  
ÎMPREUNĂ PENTRU AFACEREA TA

# REVISTA ROMÂNĂ DE ARBITRAJ



**RENTROP & STRATON**  
Grup de Editură și Consultanță în Afaceri

# Soluționarea prin arbitraj a disputelor din materia fuziunilor și achizițiilor internaționale<sup>1</sup>

dr. Bernd D. Ehle<sup>2</sup>

*Arbitrajul s-a afirmat ca metodă preferată de soluționare a litigiilor din materia fuziunilor și achizițiilor internaționale, în zilele noastre fuziunile și achizițiile reprezentând unul din domeniile dreptului internațional al afacerilor în care se preferă, în proporție covârșitoare, încheierea convențiilor arbitrale. Prezentul studiu elaborat de dr. Bernd Ehle subliniază rolul arbitrajului internațional în soluționarea disputelor ivite în diferite stadii ale tranzacțiilor din acest domeniu, avantajele arbitrajului, efectele și particularitățile procedurale ale acestuia. În final, autorul formulează o serie de sfaturi cu privire la modalitatea de redactare a convențiilor arbitrale din domeniul fuziunilor și achizițiilor internaționale.*

## I. Introducere

Fuziunile și achizițiile reprezintă tranzacții complexe, mai ales atunci când au caracter internațional. De obicei, acestea implică numeroase entități corporatiste și încheierea unor contracte stufoase și cuprinzătoare. Întrucât există o paletă largă de probleme și complicații specifice tranzacțiilor din materia fuziunilor și achizițiilor, unele dintre acestea conduc la litigii; aceasta cu atât mai mult cu cât, de obicei, sunt în discuție sume

mari de bani<sup>3</sup>. Prezentul studiu analizează rolul arbitrajului internațional în soluționarea disputelor din materia fuziunilor și achizițiilor, avantajele sale, efectele și particularitățile procedurale. Într-adevăr, arbitrajul s-a remarcat ca o metodă preferată de soluționare a disputelor din materia fuziunilor și achizițiilor, astăzi fuziunile și achizițiile reprezentând unul din domeniile dreptului internațional al afacerilor în care se preferă, în proporție covârșitoare, încheierea convențiilor arbitrale<sup>4</sup>.

## 2. Avantajele arbitrajului în soluționarea disputelor din materia fuziunilor și achizițiilor

Practica ne arată că părțile apelează, invariabil, la arbitraj pentru soluționarea disputelor izvorând din tranzacțiile încheiate în domeniul fuziunilor și achizițiilor<sup>5</sup>. În afara argumentele generale favorabile arbitrajului (flexibilitatea și caracterul definitiv al hotărârii arbitrale), există o serie de avantaje ale acestuia ce au o importanță specifică în materia fuziunilor și achizițiilor, în special față de justiția statală:

(1) Părțile au dreptul de a-și desemna arbitrii. Soluționarea litigiilor din materia fuziunilor și achizițiilor

<sup>1</sup> Versiunea extinsă a acestui studiu, denumit „Arbitrajul ca mecanism de soluționare a litigiilor din domeniul fuziunilor și achizițiilor“, a fost publicată în *Anuarul de drept comparat al afacerilor internaționale*, Campbell (editor), Haga, Kluwer Law International, 2005, p. 287-311. La solicitarea expresă și scrisă a autorului și a editorului său, articolul este republicat în „Revista Română de Arbitraj“ în varianta restrânsă și numai în limba română (nota redactorului-șef dr. Radu Bogdan Bobei).

<sup>2</sup> LALIVE, Geneva, Elveția, [behle@lalive.ch](mailto:behle@lalive.ch), [www.lalive.ch](http://www.lalive.ch).

<sup>3</sup> Christian Borris, „Streiterledigung beim Unternehmenskauf“, în *Dreptul afacerilor internaționale și soluționarea diferendelor în secolul 21, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, 2001, p. 75; Axel Baum, „Redactarea clauzelor compromisorii și reglementarea procedurii arbitrale în domeniul fuziunilor și achizițiilor“, în *Tagungsbeiträge zur DIS-Vortragsveranstaltung „Schiedsgerichtsbarkeit bei M&A“, 24/25 aprilie 2001, Dresden, DIS-Materialien Bd. VIII/01*, p. 77.

<sup>4</sup> Klaus Sachs, „Schiedsgerichtsverfahren über Unternehmenskaufverträge – unter besonderer Berücksichtigung kartellrechtlicher Aspekte“, *SchiedsVZ* 2004, p. 123; Bernd Ehle, Arbitrajul ca modalitate de soluționare a litigiilor în domeniul fuziunilor și achizițiilor“, în *Anuarul de drept comparat al afacerilor internaționale*, Campbell (editor), Haga, Kluwer Law International, 2005, p. 287-311.

<sup>5</sup> Christian Borris, *op. cit.*, p. 80; Klaus Sachs, *op. cit.*, *SchiedsVZ* 2004, p. 123: „în zilele noastre, clauzele compromisorii stipulate în tranzacțiile din domeniul fuziunilor și achizițiilor naționale, respectiv internaționale, sunt mai degrabă o regulă decât o excepție“.

echivalează cu soluționarea aspectelor referitoare la diverse evaluări de contabilitate. Persoanele ce soluționează litigiul trebuie să cunoscă specificul acestui domeniu, inclusiv aspectele economice ale acestuia. Judecătorii pot să nu aibă asemenea abilități<sup>6</sup>.

(2) Părțile tranzacției încheiate în domeniul fuziunilor și achizițiilor se străduiesc ca propriile dispute să nu fie cunoscute publicului larg, evitându-se astfel publicitatea. De asemenea, acestea doresc ca informațiile considerate confidențiale față de concurenți să fie conservate<sup>7</sup>. În litigiile soluționate de instanțele statale, confidențialitatea nu este asigurată.

(3) Este important, în special în tranzacțiile internaționale, ca părțile să fie libere să aleagă limba de desfășurare a procedurilor. Procedurile în fața instanțelor statale se vor desfășura, invariabil, în limba națională, în vreme ce în arbitraj este la latitudinea părților limba de desfășurare a procedurilor arbitrale.<sup>8</sup>

(4) Procedurile arbitrale se desfășoară într-o modalitate amicală mai potrivită mediului de afaceri decât procedurile justiției statale. Mai mult decât atât, întrucât aspectele economice ale litigiului au un rol important, respectivele litigii se finalizează prin încheierea de tranzacții<sup>9</sup>.

### III. Arbitrajul în diferite etape ale derulării fuziunilor și achizițiilor

În expunerea ce urmează vom face o analiză generală, inclusiv prin prezentarea unor exemple practice, a etapelor de realizare a fuziunilor și achizițiilor susceptibile de a genera litigii.

În prezentarea ce urmează, vom face un tur de orizont, cu câteva exemple, al stadiilor în care pot apărea, și în care apar în practică, diferendele legate de fuziuni și achiziții.

#### 1. Litigii izvorând din etapa negocierilor

Tranzacțiile din domeniul fuziunilor și achizițiilor

sunt precedate de discuții preliminare, de elaborarea unui memorandum de informare, de semnarea unor acorduri preliminare, precum și de o fază de negocieri ce presupune efectuarea unor investigații și discuții cu privire la ansamblul tranzacției.

##### 1.1. Document preliminar – scrisoarea de intenție

Odată ce părțile convin cu privire la termenii esențiali ai tranzacției, acestea doresc să redacteze și să semneze un document preliminar în care este descrisă structura tranzacției. Aceste precontracte nu au, în general, caracter obligatoriu, dar pot genera raporturi cvasijuridice ce impun părților anumite obligații, în special obligația de a negocia și de a acționa cu bună-credință. Nerespectarea unor asemenea obligații poate constitui sursa unui litigiu<sup>10</sup>, și îi poate determina pe negociatori să-și consulte avocații în special cu privire la natura obligatorie a „tranzacției“, precum și cu privire la posibilitatea executării silite a obligațiilor asumate de cealaltă parte în acest stadiu al negocierilor. Pentru ca aceste litigii să fie soluționate prin mecanismele justiției private, documentul preliminar sau scrisoarea de intenție trebuie să conțină o convenție arbitrală, ceea ce nu se întâmplă întotdeauna.

##### 1.2. Acorduri de confidențialitate și exclusivitate

Documentele preliminare și scrisorile de intenție cuprind, de obicei, acordul părților cu privire la conservarea exclusivității și confidențialității atât cu privire la negocierile propriu-zise, cât și cu privire la informațiile utilizate, în special în perioada de efectuare a investigațiilor preliminare și dacă potențialul cumpărător este un concurent. Asemenea clauze sunt strâns legate de clauzele penale și, în mod frecvent, de disputele izvorând din dreptul părții prejudiciate de a solicita despăgubiri sau luarea unor măsuri urgente.

##### 1.3 Evaluări financiare generale

Rezultatul oricărei evaluări financiare generale este

<sup>6</sup> Wolfgang Peter, „Arbitrajul fuziunilor și achizițiilor: litigii referitoare la modificarea prețului de achiziție“, *Arbitration International*, Vol. 19, nr. 4, 2003, p. 503.

<sup>7</sup> Eugen Salpius, „Einige Gedanken zur Gestaltung von Schiedsklauseln in Mergers & Acquisitions-Verträgen“, in *Tagungsbeiträge zur DIS-Vortragsveranstaltung „Schiedsgerichtsbarkeit bei M&A“*, 24/25 aprilie 2001, Dresden, DIS-Materialien Bd. VIII/01, p. 74; Christian Borris, op. cit., p. 76.

<sup>8</sup> Klaus Günther, „Die Bedeutung von Schiedsvereinbarungen im M&A Bereich“, în *Tagungsbeiträge zur DIS-Vortragsveranstaltung „Schiedsgerichtsbarkeit bei M&A“*, 24/25 aprilie 2001, Dresden, DIS-Materialien Bd. VIII/01, p. 12.

<sup>9</sup> Eugen Salpius, op. cit., p. 72, 73.

<sup>10</sup> Klaus Sachs, op. cit., *SchiedsVZ 2004*, p. 125.

deosebit de important pentru continuarea negocierilor și are, în general, consecințe semnificative asupra tranzacției în ansamblul său. Pe cale de consecință, astfel de evaluări constituie sursa unor neînțelegeri. Cea mai frecventă sursă a acestora din urmă este clauza precontractuală referitoare la obligația vânzătorului de a furniza o serie de informații relevante. Neînțelegerile privesc caracterul complet al informațiilor, precum și obligația vânzătorului de a furniza informații subtile sau de a aduce la cunoștință posibilele dificultăți din această primă etapă, fără ca acestea să-i fie expres solicitate de cumpărător.

## 2. Litigii izvorând din tranzacțiile prin care s-au realizat fuziunile și achizițiile

Majoritatea litigiilor din această materie survin după realizarea fuziunii sau achiziției, adică după semnarea documentelor ce consemnează astfel de operațiuni, respectiv după transferul activelor<sup>11</sup>.

### 2.1. Evaluări și garanții

Litigiile din domeniul fuziunilor și achizițiilor decurg, în mod frecvent, din nemulțumirile cumpărătorului referitoare la clauzele de evaluare și garanții. Majoritatea evaluărilor vânzătorului se referă la exactitatea situației financiare a propriei companii, la lipsa oricăror alte datorii decât cele la care se referă ultimul bilanț, la titlul de proprietate al acestuia cu privire la bunurile ce urmează a fi înstrăinătate, precum și la respectarea legilor aplicabile<sup>12</sup>. O importantă sursă de litigii o constituie clauzele referitoare la evaluări și garanții redactate ambiguu sau incomplete, precum și clauzele ce permit, mai facil, cumpărătorului să susțină nerespectarea de către vânzător a contractului sau caracterul inexact al evaluărilor făcute de acesta. Pe de altă parte, vânzătorul poate solicita ca atât pretențiile cumpărătorului, în special cele referitoare la evaluările făcute independent de către acesta din urmă, cât și cele despre care a luat cunoștință pe parcursul evaluării financiare generale să nu fie luate în seamă. Dacă

evaluările și garanțiile se dovedesc a nu fi reale, de exemplu, anumite active sunt inexistente în structura bilanțului sau sunt supraevaluate, cumpărătorul poate solicita despăgubiri sau modificarea prețului<sup>13</sup>. Neînțelegerile pot interveni cu privire la evaluările din litigii în curs de soluționare sau din litigii viitoare<sup>14</sup>.

### 2.2. Clauze financiare – modificarea prețului

Contractele de vânzare-cumpărare stipulează, de obicei, un preț provizoriu, părțile având posibilitatea de a stabili, în mod flexibil, un mecanism de modificare a prețului. Cele mai frecvente dispute intervenite ulterior realizării fuziunii și achizițiilor rezultă din clauzele financiare și de calcul al variației prețului. Clauzele financiare stabilesc un preț suplimentar pe care vânzătorul îl primește ca urmare a obținerii într-o anumită perioadă a profiturilor viitoare ale companiei-țintă (perioada determinată este stabilită de respectiva clauză). În mod neașteptat, astfel de clauze pot sfârși prin a însemna sursa nemulțumirilor părților atunci când previziunile cumpărătorului nu se îndeplinesc. Clauzele de modificare a prețului pot stabili o procedură de adaptare a acestuia în funcție de schimbarea unui anumit etalon, cum ar fi valoarea netă a activelor companiei-țintă în perioada scursă de la depunerea declarațiilor financiare utilizate la negocierea prețului de achiziție și până la închiderea bilanțului în funcție de care se stabilește prețul final de achiziție<sup>15</sup>. Următorul exemplu recent relevă tipul de complicații ce pot avea drept sursă clauzele de modificare a prețului de achiziție.

Într-un litigiu arbitral administrat de Camera de Comerț din Zürich și care izvora dintr-un contract guvernat de legea germană, compania reclamantă vânduse acțiunile deținute la compania pârâtă acesteia din urmă și societății-mamă a acesteia. Compania pârâtă și-a modificat actul constitutiv în sensul măririi capitalului social printr-o emisiune de acțiuni noi în favoarea unei terțe companii. Tribunalul arbitral a fost investit cu cererea având ca obiect interpretarea clauzei de creștere a prețului stipulată în contractul de vânzare-cumpărare de acțiuni. Acest tribunal arbitral a statuat că, deși respecti-

<sup>11</sup> Klaus Sachs, *op. cit.*, *SchiedsVZ* 2004, p. 125.

<sup>12</sup> Wolfgang Peter, *op. cit.*, p. 492-493.

<sup>13</sup> A se vedea, de exemplu, *C. and K. v. S. Compagnie S.A.*, Curtea de Justiție Geneva, decizia din 15 octombrie 1999, *Buletinul ASA*, 2000, p. 793-802 și *Tribunal Federal Elvețian*, decizia din 27 octombrie 1995, *Buletinul ASA* 1996, p. 277-283, astfel cum rezultă din proceduri arbitrale.

<sup>14</sup> A se vedea ICC, *sentința arbitrală pronunțată în dosarul nr. 9617*, *Les Cahiers de l'Arbitrage* 1/2006, p. 39.

<sup>15</sup> Wolfgang Peter, *op. cit.*, p. 491, 492; Christian Borris, *op. cit.*, p. 75.

va clauză nu se referea în mod expres la majorarea capitalului social, o astfel de majorare constituia o „creștere” vizată de domeniul de aplicare a clauzei de creștere a prețului. Pe cale de consecință, tribunalul arbitral a dispus ca părțile să plătească un preț suplimentar la prețul de achiziție, plus dobânzi. Cererea de anulare a sentinței arbitrale a fost respinsă de Tribunalul federal elvețian<sup>16</sup>.

### 2.3. Evaluarea – Raportul experților

Majoritatea contractelor de vânzare-cumpărare conțin evaluări<sup>17</sup> sau clauze de modificare a prețului de achiziție ce instituie un mecanism de soluționare a litigiilor în două stadii, evaluarea făcută de un expert fiind urmată de etapa soluționării litigiului.

În etapa evaluării efectuate de către expert, dacă părțile nu sunt de acord cu aceasta sau cu modificarea acesteia, prerogativa soluționării neînțelegerilor cu privire la chestiuni subsumate unor aspecte concrete aparține unui terț independent (contabil)<sup>18</sup>. Cu toate acestea, părțile trebuie să se asigure că respectivul contract conține un mecanism de numire a unui expert în lipsa căruia procedura efectuării expertizei ar putea fi inoperantă. Pe de altă parte, clauzele de nominalizare a expertului pot fi periculoase. Ambele situații au fost ilustrate de un litigiu izvorât dintr-un contract de vânzare-cumpărare de acțiuni încheiat de părți din S.U.A. și Franța, ce stabilea un mecanism de soluționare a disputelor în două etape: evaluarea făcută de expert era urmată de organizarea unui arbitraj în Geneva. Contractul conținea o listă a unor importante firme de audit din rândul cărora urma a fi desemnat expertul. Până în momentul declanșării litigiului, toate firmele eligibile au dispărut sau au fuzionat sau exista un conflict de interese. Pârâtul a refuzat să desemneze expertul din lista mai sus menționată. În această situație, recla-

mantul s-a adresat instanțelor din Geneva în scopul numirii din oficiu a expertului, astfel cum stipula contractul. Prin hotărârea din 5 iulie 2004, instanța sesizată din Geneva a refuzat să procedeze la numirea expertului<sup>19</sup>. S-a apreciat că legea aplicabilă procedurii arbitrale împuternicește jurisdicțiile statale de la locul arbitrajului să nominalizeze arbitri dacă una din părți nu-și exercită acest drept, dar asemenea principii nu se aplică și cu privire la nominalizarea experților. Prevederile Codului de procedură civilă nu au furnizat soluții în acest sens. Acestea stabileau, în mod limitativ și exhaustiv, situațiile în care o parte se poate adresa unei jurisdicții pentru desemnarea unui expert, acestea neincluzând și ipoteza în care numai o parte solicită desemnarea unui expert care să stabilească aspectele litigioase. În această etapă, evaluatorul exercită prerogative specifice unui expert, nu prerogative specifice arbitrului, cu alte cuvinte, nu încearcă să soluționeze litigiul, dar nici să pronunțe o hotărâre executorie față de partea necooperantă.<sup>20</sup> Totuși, părțile pot conveni ca raportul expertului cu privire la un anumit aspect să fie obligatoriu pentru tribunalul arbitral ce soluționează un litigiu implicând valori mari. Ca principiu, evaluările experților realizate în anumite litigii<sup>21</sup> sunt considerate a fi rapide și eficiente. În ipoteza în care se trece în cea de-a doua etapă (etapa arbitrajului), litigiul este soluționat în ansamblul său printr-o expertiză având putere obligatorie. Această etapă nu este complet independentă de etapa anterioară. În primul rând, astfel cum am menționat mai sus, concluziile expertului pot fi obligatorii pentru arbitru. În plus, arbitrul poate solicita, în prealabil, concursul unui arbitru în scopul de a stabili dacă neînțelegerea trebuie soluționată în arbitraj sau arbitrul poate aprecia dacă este cazul să se apeleze la un expert. Arbitrii pot fi puși în situația de a stabili conținutul bilanțului contabil din perspectiva consecințelor asupra evaluării propriu-zise. Expertul va stabili exactitatea documentelor fiscale<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> Tribunalul federal elvețian, decizia din 16 martie 2004, 4P.14/2004, Buletinul ASA, 4/2004, p. 770-781.

<sup>17</sup> Cu privire la evaluarea acțiunilor, a se vedea sentința parțială pronunțată de Curtea Permanentă de Arbitraj, pronunțată la data de 22 noiembrie 2002, dosar nr. 2000-03, Horst Reineccius (reclamantul nr. 1), First Eagle SoGen Funds, Inc. (reclamantul nr. 2), Pierre Mathieu și La Société Hippique de la Châtre (reclamantul nr. 3) v. Bank for International Settlement (Pârât), Buletinul ASA 2004, p. 116-131; sentința parțială, inter alia, cu privire la criteriile aplicabile pentru evaluarea acțiunilor, p. 120-122.

<sup>18</sup> Anke Sessler, Corina Leimert, „Rolul evaluării expertului efectuată în domeniul fuziunilor și achizițiilor guvernate de legea germană”, *Arbitration International*, Vol. 20, nr. 2, 2004, p. 151-165; Wolfgang Peter, *op. cit.*, p. 501, 502; Fritz Nicklisch, „Der Ingenieur als Schiedsgutachter und Quasi-Schiedsrichter bei internationalen Bau- und Anlagenprojekten”, în *Festschrift für Walter J. Habscheid*, 1989, p. 217-231.

<sup>19</sup> Hotărârea JTPI/9028/2004, în Buletinul ASA 4/2006, p. 779. A se vedea, de asemenea, Michael Schöll, *Réflexions sur l'expertise-arbitrage en droit suisse*, Buletinul ASA 4/2006, p. 621.

<sup>20</sup> Anke Sessler, Corina Leimert, *op. cit.*, p. 152.

<sup>21</sup> Christian Borris, *op. cit.*, p. 80.

<sup>22</sup> Klaus Sachs, *op. cit.*, *SchiedsVZ* 2004, p. 124.

Granița dintre aceste două (sau paralele) mecanisme de soluționare a litigiilor reprezintă o sursă de neînțelegeri frecvente. Speța următoare, soluționată în anul 2002 în S.U.A., evidențiază problemele ce pot apărea dacă nu este suficient de clar redactată clauza de soluționare a litigiilor. Părțile au încheiat un contract de vânzare-cumpărare de acțiuni ce prevedea că „prețul final” avea să fie stabilit de contabilii cumpărătorului. Totodată, acest contract stabilea că o astfel de determinare „*va fi definitivă și obligatorie pentru vânzător și cumpărător și nu va putea face obiectul niciunei proceduri judiciare, arbitrale sau de modificare a prețului ori unei revizuiri oricare ar fi natura acesteia*”. Contractul de vânzare-cumpărare de acțiuni mai prevedea că toate litigiile izvorând din acesta urmau a fi soluționate pe calea arbitrajului. Ca urmare a unei evaluări semnificativ mai mici decât cea la care se aștepta vânzătorul, acesta din urmă a declanșat procedura arbitrală solicitând invalidarea respectivei evaluări. De asemenea, cumpărătorul a solicitat anularea contractului și obligarea vânzătorului la restituirea prețului plătit. Tribunalul arbitral a statuat asupra propriei competențe și a invalidat raportul de expertiză pentru vicii de formă. Cumpărătorul s-a adresat unei instanțe districtuale solicitând anularea sentinței arbitrale. Instanța districtuală a anulat sentința arbitrală apreciind că părțile modificaseră modalitatea de evaluare contabilă și că tribunalul arbitral își depășise competența de analizare a respectivei evaluări. Instanța statală ierarhic superioară a confirmat această decizie<sup>23</sup>.

#### 2.4. Opțiuni de vânzare-cumpărare

Un alt domeniu predisus litigiilor decurgând din tranzacțiile realizate în domeniul fuziunilor și achizițiilor sunt opțiunile de vânzare-cumpărare. În general, litigiile sunt strâns legate de aspectul referitor la exercitarea sau neexercitarea opțiunii de vânzare-cumpărare pe piața bursieră. Cele două spețe evidențiate în cele ce urmează subliniază importanța practică a arbitrajului.

În prima speță, un comerciant olandez, Ahold, a obținut o sentință favorabilă pronunțată de un tribunal

arbitral suedez, sentință prin care i se acorda un beneficiu reprezentând 20% din totalul acțiunilor deținute la *joint venture*-ul scandinav ICA AB. Acest beneficiu reprezenta o componentă a prețului opțiunii de vânzare ce aparținea entității norvegiene Canica AS. Potrivit contractului încheiat de Ahold, Anica și de ICA (cel de-al treilea acționar al respectivului *joint venture*), Ahold era obligat să cumpere acțiunile puse în vânzare de Canica. Tribunalul arbitral a respins obiecțiunile formulate de Canica cu privire la majorarea prețului acțiunilor și a stabilit prețul vânzării la nivelul de 49,56%, preț ce corespundea evaluării anterioare efectuate de un expert angajat de partenerii ICA AB<sup>24</sup>.

Într-o serie de litigii arbitrale soluționate în Elveția și Suedia, tribunalele arbitrale au avut de soluționat un litigiu izvorât din încercarea de preluare a controlului unei din cele mai mari companii de telefonie mobilă din Rusia, OAO MegaFon. IPOC International Growth Fund Ltd. (Insulele Bermude) și LV Finance Group Ltd. (Insulele Virgine britanice) și-au disputat opțiunile de vânzare-cumpărare și transfer a acțiunilor AO MegaFon la IPOC. În primul litigiu arbitral soluționat în Geneva potrivit Regulilor ICC, tribunalul arbitral a considerat că IPOC și-a exercitat în mod legal opțiunea de cumpărare, plătind prețul acesteia. Drept urmare, a obligat LV Finance la transferul acțiunilor<sup>25</sup>. Cu toate acestea, în august 2006, sentința a fost anulată de Tribunalul federal elvețian, recomandându-se arbitrilor reanalizarea fondului litigiului în lumina noilor probe<sup>26</sup>. În arbitrajul ad hoc desfășurat în paralel la Zürich, tribunalul arbitral a apreciat că opțiunea de cumpărare nu putea fi exercitată, fiind ilegală și, în consecință, a respins acțiunea arbitrală<sup>27</sup>.

#### IV. Caracteristici procedurale ale litigiilor arbitrale din domeniul fuziunilor și achizițiilor

O serie de aspecte procedurale sunt specifice litigiilor arbitrale din domeniul fuziunilor și achizițiilor.

<sup>23</sup> A se vedea *Norman Katz v. Herbert Feinberg*, Curtea de Apel a Statelor Unite din circumscripția a 2-a, decizia din 26 aprilie 2002, 167 F. Supp.2d 556, 565-66 (S.D.N.Y. 2001), astfel cum a fost confirmată, 290 F.3d 95 (Cir.2 2002).

<sup>24</sup> *Neue Zürcher Zeitung (NZZ)*, 11 octombrie 2004, p. 23, „Ahold bekommt Recht – Überhöhte Forderung für ICA-Kauf zurückgewiesen”.

<sup>25</sup> A se vedea *IPOC International Growth Fund Ltd. (Bermuda) v. LV Finance Group Ltd. (British Virgin Islands)*, dosar ICC nr. 12875/MS, sentința finală din 16 august 2004, *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 19, Nr. 9, septembrie 2004, p. 6-8, A-1-A-17.

<sup>26</sup> Tribunalul federal elvețian, decizia 4P.102/2006 din 29 august 2006, în *Buletinul ASA* 3/2007, p. 550.

<sup>27</sup> Acțiunea în anulare formulată de IPOC a fost respinsă de Tribunalul federal elvețian prin decizia 4P.168/2006, 19 februarie 2007.

## 1. Litigii multipartite și multicontractuale

În mod frecvent, litigiile arbitrale specifice fuziunilor și achizițiilor și declanșate de cumpărător decurg din situații implicând mai multe părți sau structuri contractuale multiple<sup>28</sup>. Problemele ce apar sunt strâns legate de constituirea tribunalului arbitral, din perspectiva asigurării dreptului la apărare, fiecare parte având dreptul de a desemna un arbitru. Regulile celor mai moderne instituții arbitrale, cum ar fi cele emise de Centrul de Arbitraj Internațional din Singapore (SIAC),<sup>29</sup> de Curtea Internațională de Arbitraj de pe lângă CCI<sup>30</sup>, de Curtea de Arbitraj Internațional din Londra (LCIA),<sup>31</sup> de Comisia de Arbitraj Comercial și Economic Internațional din China (CIETAC),<sup>32</sup> precum și Regulile elvețiene privind arbitrajul internațional<sup>33</sup> furnizează soluții adecvate pentru soluționarea acestor situații în deplină concordanță cu principiul tratamentului egal al părților<sup>34</sup>. În tranzacțiile în care sunt implicate mai multe părți și/sau contracte multiple, este suficient să se stipuleze în contract clauzele-model ale acestor instituții arbitrale.

## 2. Extinderea convențiilor arbitrale asupra terților

În mod frecvent, avocații specializați în arbitraje decurgând din fuziuni și achiziții se confruntă cu problema extinderii convenției arbitrale la nesemnari ai acesteia. Această problemă apare, în mod special, în ipoteza grupurilor de companii și tranzacțiilor complexe<sup>35</sup>. Întrucât există o multitudine de situații posibile,

regulile instituțiilor arbitrale naționale și internaționale – spre deosebire de litigiile multipartite – furnizează rareori soluții în acest sens<sup>36</sup>. Pe de o parte, extinderea convenției arbitrale la părți ne desemnate ale acesteia poate fi justificată de o serie de teorii promovate de sistemul de drept aplicabil în speță, cum ar fi teoria succesiunii legale, teoria *alter ego* sau teoria „*piercing corporate veil*”. Cu toate acestea, având în vedere că numeroase tribunale arbitrale sunt reticente în a fundamenta pe aceste teorii demersul de extindere a convenției arbitrale la terți ne desemnari ai acesteia, este recomandabil de a se stabili, neechivoc, atât părțile convenției arbitrale, cât și necesitatea semnării acesteia. În lipsa exprimării consimțământului, terții nu pot fi implicați în litigii arbitrale, neputând fi conexe litigii arbitrale distincte ce implică părți diferite. O excepție demnă de reținut este reprezentată de Regulile elvețiene privind arbitrajul internațional (2004), reguli ce permit, în anumite circumstanțe, introducerea unui terț sau conexarea unor litigii arbitrale chiar dacă părțile nu sunt identice<sup>37</sup>.

## 3. Administrarea probelor

Având în vedere complexitatea litigiilor arbitrale din materia fuziunilor și achizițiilor, este recomandabilă administrarea unui probatoriu complex cum ar fi proba testimonială sau proba cu înscrisuri<sup>38</sup>. Întrucât majoritatea informațiilor ce urmează a se furniza au o doză de „sensibilitate”, înscrisurile ce urmează a se administra necesită conservarea confidențialității prin proceduri speciale, mai cu seamă dacă părțile litigante sunt concurente<sup>39</sup>.

<sup>28</sup> Bernard Hanotiau, „*Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues. An Analysis*”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 18, Nr. 3, 2001, p. 253-360; Konstadinos Massouras, *Dogmatische Strukturen der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit*, 1998, p. 7.

<sup>29</sup> Centrul de Arbitraj Internațional din Singapore (SIAC), Reguli de procedură arbitrală (Ediția a 3-a, 1 iulie 2007), Regula 8 („*Numirea arbitrilor în litigii multipartite*”).

<sup>30</sup> Curtea Internațională de Arbitraj de pe lângă Camera Internațională de Comerț, art. 10 („*Părți multiple*”).

<sup>31</sup> Regulile Curții Internaționale de arbitraj din Londra, Art. 8 („*Trei sau mai multe părți*”).

<sup>32</sup> Comisia de Arbitraj Comercial și Economic Internațional din China (CIETAC), Regulile de procedură arbitrală, art. 24 („*Mai multe părți*”).

<sup>33</sup> Regulile elvețiene de Arbitraj Internațional (2004), art. 8 („*Numirea arbitrilor în litigii multipartite*”).

<sup>34</sup> Fabian von Schlabrendorff, „*Schiedsgerichtsbarkeit bei M&A – Mehrparteiesituationen und Inter-Omnis Wirkung*”, în *Tagungsbeiträge zur DIS-Vortragsveranstaltung „Schiedsgerichtsbarkeit bei M&A”, 24/25 aprilie 2001, Dresden, DIS-Materialien Bd. VIII/01*, p. 35.

<sup>35</sup> Jan-Michael Ahrens, *Die subjektive Reichweite internationaler Schiedsvereinbarungen und ihre Erstreckung in der Unternehmensgruppe*, Frankfurt 2001.

<sup>36</sup> Klaus Sachs, „*Erstreckung von Schiedsvereinbarungen auf Konzernunternehmen*”, în *Tagungsbeiträge zur DIS-Vortragsveranstaltung „Schiedsgerichtsbarkeit bei M&A”, 24/25 aprilie 2001, Dresden, DIS-Materialien Bd. VIII/01*, p. 54.

<sup>37</sup> Art. 4 din Regulile elvețiene privind arbitrajul internațional (2004); a se vedea, de asemenea, Gilliéron/Pittet, în Zuberbuehler/Mueller/Habegger, *Regulile elvețiene privind arbitrajul internațional*, Zürich, 2005, p. 36 și următoarele.

<sup>38</sup> Klaus Sachs, *op. cit.*, *SchiedsVZ* 2004, p. 125.

<sup>39</sup> Axel Baum, *op. cit.*, p. 79, 81.

Utilitatea procedurii de administrare a probelor în arbitrajul internațional nu depinde atât de mult de regulile emise de instituția arbitrală sau de regulile de la locul arbitrajului sau, în cazul arbitrajelor *ad hoc*, prevederile convenției arbitrale, astfel cum au fost concepute de părți, ci de cultura juridică a părților, a avocaților și a arbitrilor. În ultimii ani, abordările diferite promovate de jurisdicțiile din sistemele *civil law* și *common law* s-au atenuat în sensul că practicienii din arbitrajul internațional folosesc modalitatea comunicării înscrisurilor respingând modalitatea administrării „supriză” a acestora.

#### 4. Categoriile de sentințe arbitrale

Mai mult decât în orice alt domeniu, în materia fuziunilor și achizițiilor tribunalele arbitrale pot pronunța sentințe nu numai prin care să stabilească modificarea prețului tranzacției sau să dispună obligarea la despăgubiri, ci și sentințe prin care se soluționează situații concrete<sup>40</sup>. Aceste sentințe se pot referi la anumite obligații contractuale sau pot facilita încheierea de tranzacții cu privire la opțiunile de vânzare-cumpărare dacă părțile doresc acest lucru și dacă legea aplicabilă stipulează în acest sens.

#### V. Concluzii: Elaborarea și stipularea clauzelor compromisorii în tranzacțiile din domeniul fuziunilor și achizițiilor

Având în vedere numeroasele litigii din domeniul fuziunilor și achizițiilor, o clauză compromisorie fără fisuri care să asigure o soluționare eficientă a litigiului este trăsătura caracteristică a oricărei tranzacții. Din păcate, dar poate este de înțeles, clauzelor compromisorii nu li se acordă atenția cuvenită. Avocații ce redactează contractele sunt, de cele mai multe ori, sub presiunea timpului și nu sunt întotdeauna suficient de familiari cu procedura arbitrală pentru a acorda importanța cuvenită clauzei compromisorii, implicit redactării acesteia. În special, este vorba despre litigiile, soluționabile în mai multe etape, și care fac trimitere la forma alternativă de soluționare a disputelor.

Clauzele compromisorii recomandate de reputeate instituții de arbitraj și-au dovedit utilitatea în multe situații. În caz de îndoială, este de preferat a se recurge la o clauză compromisorie-model în loc de a o modifica sau de a opta pentru un arbitraj *ad hoc*. În orice situație, clauzele compromisorii trebuie redactate de către avocați în strânsă cooperare, astfel încât acestea să corespundă caracteristicilor tranzacției. De o importanță notabilă este delimitarea clară a procedurilor arbitrale față de alte modalități alternative de soluționare a disputelor.

<sup>40</sup> Klaus Günther, *op. cit.*, p. 13.