

DR. ȘTEFAN RĂZVAN TATARU

SOLUȚIONAREA LITIGIILOR
REFERITOARE LA CONTRACTELE
DE COMERȚ INTERNAȚIONAL CU
PRODUSE FARMACEUTICE



Teză de doctorat elaborată sub coordonarea științifică a
Prof. univ. dr. **Carmen Tamara UNGUREANU**

Editura
Tamara
2020

CAPITOLUL I. MIJLOACE ALTERNATIVE DE SOLUȚIONARE A LITIGIILOR ÎN COMERȚUL INTERNAȚIONAL CU PRODUSE FARMACEUTICE

Această parte a lucrării este consacrată prezentării mijloacelor de soluționare amiabilă a litigiilor, exceptând arbitrajul, acesta din urmă fiind tratat într-un capitol distinct, din considerente ce vor fi detaliate pe parcursul lucrării.

Mijloacele de soluționare alternativă pot deveni *forumul* ales pentru majoritatea litigiilor din domeniul medical-farmaceutic, alegere justificabilă prin caracteristicile avantajoase ale acestora. Litigiile din domeniul medical-farmaceutic în afară de clasicele procese între pacienți și prestatorii de servicii medicale, cuprind și conflictele transnaționale între marile societăți farmaceutice, care prezintă complexitate, amploare și posibile repercusiuni asupra profesioniștilor în cauză și, uneori, asupra industriei farmaceutice dintr-un anumit sector. Complexitatea litigiilor din domeniul farmaceutic, dorința părților de a continua cooperarea, combinate cu avantajele mijloacelor de soluționare amiabilă, determină părțile să le aleagă în detrimentul instanțelor de judecată și al arbitrajului.

În prima secțiune a capitolului vom trata aspecte privind natura juridică a mijloacelor alternative de soluționare a litigiilor și principiile în baza cărora se desfășoară aceste proceduri, principii precum cel al libertății contractuale, al imparțialității terțului neutru sau cel al respectării confidențialității.

A doua secțiune va cuprinde prezentarea mijloacelor alternative de soluționare a litigiilor de comerț internațional, și anume negocierea, concilierea, medierea, *Expert Determination*, *Dispute Board*, *Mini-Trial*, *Binding Advice*, precum și mijloace hibrid ca *Arb-Med* sau *Medaloo*. Dintre cele menționate, negocierea, concilierea și medierea vor face obiectul unei analize aprofundate, fiind modalitățile alternative cele mai utilizate în comerțul internațional. În cadrul aceleiași secțiuni vom analiza clauzele contractuale standard pentru fiecare modalitate amiabilă de soluționare a litigiilor, raportându-ne atât la modelele elaborate de principalele centre de soluționare alternativă a litigiilor, cât și la cele întâlnite în practica contractelor de comerț internațional cu produse farmaceutice. Tot în acest context vom aborda și clauzele de escaladare prin care părțile desemnează un alt mod de

soluționare a litigiilor în situația în care modalitatea amiabilă de soluționare aleasă nu a avut succes.

În cadrul secțiunii a 3-a vom aborda într-o manieră detaliată avantajele și dezavantajele utilizării mijloacelor de soluționare alternativă a litigiilor în domeniul farmaceutic.

Secțiunea 1. Privire de ansamblu asupra mijloacelor alternative de soluționare a litigiilor^[1]

Mijloacele de soluționare alternativă au apărut din nevoia părților de a soluționa rapid și cu costuri cât mai reduse litigiile dintre acestea. Conceptul de mijloace alternative de soluționare a litigiilor cuprinde atât modalități tradiționale precum medierea sau negocierea, cât și modalități mai noi, perfecționate sau adaptate nevoilor părților, precum soluționarea online a litigiilor sau *Dispute Board*. În cele ce urmează vom supune analizei terminologia, conceptele și principiile care stau la baza funcționării modalităților de soluționare alternativă a litigiilor.

§1. Mijloacele alternative de soluționare a litigiilor de comerț internațional. Terminologie și concepte

Soluționarea amiabilă este varianta dezirabilă în cazul neînțelegerilor sau litigiilor rezultate din afaceri. Aceasta poate interveni înainte sau în timpul judecării litigiului în fața unei instanțe statale ori arbitrale și poate fi deseori facilitată de o terță persoană ce acționează în conformitate cu anumite reguli simple^[2].

Modalitățile de soluționare alternativă a litigiilor își au originea în China în cadrul *tiaojie*, procedură similară medierii^[3]. *Tiaojie* înseamnă „soluționa-

^[1] Prezenta secțiune a fost publicată într-o altă formă în articolul ȘTEFAN RĂZVAN TATARU, *Soluționarea prin mijloace alternative a litigiilor apărute în comerțul internațional cu produse farmaceutice*, în *Analele Științifice ale Universității „Al.I. Cuza” din Iași, Științe Juridice*, tomul LXIV, nr. 1/2018, pp. 203-222.

^[2] International Chamber of Commerce, *ADR Rules*, Paris, 2001, p. 6, set de reguli disponibile online la adresele <http://gjpi.org/wp-content/uploads/icc-adr-rules.pdf> sau <http://www.intracen.org/ADR-Rules-of-the-International-Chamber-of-Commerce-2001/>, accesate ultima dată la 9 septembrie 2019.

^[3] BORUT STRAŽIŠAR, *Alternative Dispute Resolution*, în *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* nr. 3/2018 (in English), DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.214. 233, p. 215, articol disponibil online la adresa <https://www.researchgate.net/publica->

re în armonie” și își are sorgintea în etica confuciană^[1]. Confucius considera că armonia naturală nu trebuie perturbată în niciun mod, iar procedurile desfășurate în contradictoriu reprezintă antiteza armoniei. În cultura chineză, medierea urmărește două deziderate, în primul rând să soluționeze eficient orice conflict atunci când acesta izbucnește și, în al doilea rând, să prevină apariția litigiilor. Astfel, scopul imediat al mijloacelor de soluționare alternativă a litigiilor este rezolvarea conflictului, iar scopul mediat este atinerea unei stări de armonie^[2]. Raportat la litigiile de comerț internațional cu produse farmaceutice, prin utilizarea mijloacelor alternative, părțile urmăresc soluționarea rapidă a neînțelegerilor printr-o modalitate amiabilă care să permită reluarea afacerilor în condiții de eficiență și fără resentimente.

Noțiunea de moduri alternative de soluționare a litigiilor include negocierea, consilierea, medierea și alte moduri, indiferent de natura lor judiciară sau extrajudiciară, respectiv cele în virtutea cărora părțile, cu sau fără ajutorul unui terț, participă personal la căutarea unei soluții amiabile a litigiului lor, confruntându-și punctele de vedere și pretențiile^[3].

Indiferent de modul în care sunt denumite acestea, ele au ca scop stabilirea sau restabilirea comunicării între părțile aflate în conflict, aspect de o deosebită importanță în mediul economic, unde interesul pentru păstrarea relațiilor existente anterior nașterii litigiului este major^[4].

La nivel internațional, mijloacele alternative de soluționare a litigiilor sunt cunoscute sub denumirea de *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, iar în România ca mijloace de Soluționare Alternativă a Litigiilor (SAL)^[5], denumire pe care o vom folosi în continuare.

tion/328580909_Alternative_Dispute_Resolution, accesată ultima dată la 20 septembrie 2019.

^[1] KNUT B. PISSLER, *Mediation in China: Threat to the Rule of Law?*, în KLAUS J. HOPT, FELIX STEFFEK, *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, p. 965.

^[2] BORUT STRAŽIŠAR, *op. cit.*, p. 215.

^[3] ANGELICA ROȘU, *Medierea – mijloc alternativ de soluționare a litigiilor comerciale internaționale*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 123.

^[4] *Idem*, p. 121.

^[5] Denumirea „Soluționarea Alternativă a Litigiilor – SAL” este preluată din Directiva 2013/11/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 21 mai 2013 privind soluționarea alternativă a litigiilor în materie de consum și de modificare a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 și a Directivei 2009/22/CE (Directiva privind SAL în materie de consum), publicată în J.O. L 165 din 18 iunie 2013 și transpusă în legislația națională prin O.G. nr. 38/2015 privind soluționarea alternativă a litigiilor dintre consumatori și comercianți, publicată în M. Of. nr. 654 din 28 august 2015.

Specialiștii din domeniul SAL consideră necesară înlocuirea semnificației acronimului ADR, din *Alternative Dispute Resolution* în *Appropriate Dispute Resolution*, considerând mult mai potrivit termenul „adecvat”, comparativ cu termenul „alternativ”. Conform opiniilor^[1] exprimate de anumiți autori, termenul de mijloace „alternative” de soluționare a litigiilor transmite ideea unei substituirii a modalităților tradiționale și legale de soluționare a litigiilor (judecata în fața instanțelor statale) cu alte mijloace alese în mod discreționar de către părți. În opinia noastră, nu este justificată o asemenea modificare, întrucât mijloacele SAL nu substituie instanțele naționale, ci sunt instrumente permise de lege pentru a decongestiona activitatea instanțelor. Considerăm că aceeași „problemă” ar fi generată de termenul „adecvat”, fiind total greșit să calificăm o modalitate de soluționare a litigiilor ca fiind mai potrivită decât alta.

Mijloacele SAL nu ar trebui privite ca o oportunitate de a înlocui instanțele judecătorești, ci mai degrabă ca o unealtă care ajută părțile în rezolvarea neînțelegerilor dintre ele într-un timp scurt, cu costuri reduse și într-o manieră transparentă. Mecanisme SAL pot îmbunătăți eficiența sistemelor judiciare prin decongestionarea activității instanțelor de judecată^[2]. Modalitățile SAL nu sunt o alternativă la justiție, ele fiind chiar rezultatul reglementărilor juridice care permit soluționarea litigiilor într-un mod amiabil.

Metodele SAL au fost utilizate de părți și integrate în majoritatea sistemelor de drept ca un prim pas spre rezolvarea litigiului. La nivel internațional există unele state care încurajează sau impun utilizarea unui mijloc SAL, de obicei medierea, înainte de a demara acțiunile la instanțele naționale. De exemplu, în Statele Unite ale Americii, multe societăți, inclusiv cele

[1] MANUELA SÎRBU, DIANA MONICA CROITORU-ANGHEL, *Soluționarea alternativă a litigiilor. Medierea conflictelor*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 7; DAVID NGIRA, *(Re)Configuring „Alternative Dispute Resolution” as „Appropriate Dispute Resolution”: Some Wayside Reflections*, 11 iulie 2018, pp. 12-13, articol disponibil online la adresele <https://ssrn.com/abstract=3212091> ori <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3212091>, accesate ultima dată la 4 septembrie 2019; MANUELA SÎRBU, ALINA GORGHIU, DIANA MONICA CROITORU-ANGHEL, *Medierea conflictelor*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 7.

[2] ERICA BOSIO, SALIMA DAADOUCHE, CHRISTIAN DE LA MEDINA SOTO, MAKSYM IAVORSKYI, *Enforcing contracts: Measuring good practices in the judiciary*, în *Doing Business 2016*, Report by World Bank Group, p. 96, material disponibil online la adresa <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/22771>, accesată ultima dată la 4 septembrie 2019.

de avocatură, aleg utilizarea mijloacelor SAL înainte de a recurge la instanțele de judecată^[1].

La nivelul Uniunii Europene, au fost adoptate măsuri prin care se încurajează utilizarea procedurilor extra-judiciare, precum Directiva 2008/52/CE^[2] privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială^[3]. Directiva a fost transpusă în legislația națională din România prin Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator^[4].

Studiile în materie^[5] constată că rata de succes a mijloacelor SAL la nivel internațional este de 85-90%, rata de îndeplinire voluntară a obligațiilor stabilite prin actul de soluționare amiabilă a litigiilor fiind, de asemenea, ridicată.

Atunci când sunt utilizate ca alternativă la instanțele naționale, mijloacele SAL prezintă un set de beneficii, oferind părților un mai mare control asupra soluției litigiului și, implicit, satisfacție în ceea ce privește rezultatul^[6]. Rezolvarea unui litigiu prin mijloace SAL este, în general, mult mai puțin costisitoare decât arbitrajul și procesul în fața instanțelor de judecată, dar succesul acestor proceduri este condiționat de motivația părților de a ajunge la un acord^[7].

Sub umbrela mijloacelor SAL putem include, în mod neexhaustiv, următoarele proceduri: negocierea, medierea, concilierea, mijloace hibride ale medierii și arbitrajului sub forma *Med-Arb* sau *Arb-Med*, mini-procesul, consultarea unui expert neutru, *Dispute Board*.

[1] DAVIDE CARNEIRO, PAULO NOVAIS, JOSÉ NEVES, *Conflict Resolution and its Context*, Springer International Publishing, 2014, p. 21.

[2] Directiva 2008/52/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 21 mai 2008 privind anumite aspecte ale medierii în materie civilă și comercială, publicată în J.O. L 136 din 24 mai 2008.

[3] EDNA SUSSMAN, *Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement*, în *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, 2008, Martinus Nijhoff Publishers, DOI: <https://doi.org/10.1163/ej.9789004175556.i-382.120>, p. 343.

[4] Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, publicată în M. Of. nr. 441 din 22 mai 2006.

[5] CARLOS ESPLUGUES MOTA, LOUIS MARQUIS (COORD.), *New Developments in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives*, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer International Publishing, 2015, p. 74.

[6] ERICA BOSIO, SALIMA DAADOUCHE, CHRISTIAN DE LA MEDINA SOTO, MAKSYM IAVORSKYI, *op. cit.*, p. 96.

[7] ROBERT M. SMITH, *Dispute Resolution: Mediation, Arbitration and Litigation*, în *Agency Sales Magazine*, January 2016, p. 55.

În doctrina comerțului internațional există opinii separate în ceea ce privește includerea arbitrajului în cadrul mijloacelor SAL. Ne raliem la opinia^[1] conform căreia arbitrajul, datorită caracterului instituțional din ce în ce mai pregnant, a modului de soluționare a litigiului și a naturii actului de soluționare, nu poate fi considerat un veritabil mijloc de soluționare amiabilă a litigiilor, ci o formă tradițională de soluționare a litigiilor.

Patrick Van Leynseele, avocat, arbitru și mediator, realizează o comparație comprehensivă între modalitățile SAL, arbitraj și instanțele de judecată, apreciind că „mediatorul nu analizează ce este bine și ce este greșit; expertul sau conciliatorul poate îndrepta părțile spre ce este drept sau corect; mediatorul urmărește ca părțile să identifice ce este potrivit pentru ele, nu neapărat să indice ce spune legea sau care ar fi soluția probabilă a unei instanțe; expertul sau conciliatorul încearcă să determine un acord între părți în baza propunerii făcute acestora; judecătorul sau arbitrul decide, impunând propria lui viziune asupra părților, în baza legii”^[2].

§2. Principiile mijloacelor alternative de soluționare a litigiilor

Din analiza fiecărei modalități alternative de soluționare a litigiilor pot fi identificate cu ușurință principiile comune de funcționare a acestora: principiul disponibilității (2.1.), principiul imparțialității terțului (2.2.) și principiul confidențialității (2.3.).

2.1. Principiul disponibilității procedurilor SAL

Conform principiului disponibilității, exceptând situațiile în care legea prevede altfel, părțile au posibilitatea de a alege să preîntâmpine ori să soluționeze orice litigiu generat de executarea unui contract ori în legătură cu acesta, prin intermediul unei modalități SAL. Așadar, modalitățile de

^[1] DAVID RICHBELL, *Mediation of Construction Disputes*, Blackwell Publishing, Oxford, 2008, p. 17, material disponibil online la adresa <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/book/10.1002/9781444302530>, accesată ultima dată la 5 septembrie 2018; ZENO ȘUȘTAC, CLAUDIU IGNAT, *Modalități alternative de soluționare a conflictelor (ADR)*, Ed. Universitară, București, 2008, p. 62.

^[2] PATRICK VAN LEYNSEELE, *Conciliation: Tools, techniques and mindset*, EJTN, 18 februarie 2019, Brussels, material disponibil online la adresa http://www.ejtn.eu/PageFiles/17841/P_Van_Leynseele%2018-19%20Feb.%202019.pdf, accesată ultima dată la 7 septembrie 2019.

soluționare amiabilă a litigiilor sunt proceduri voluntare, utilizarea acestora rămânând la dispoziția părților aflate în conflict.

Considerăm că principiul disponibilității procedurilor SAL are la bază principiul libertății contractuale, întrucât toate modalitățile de soluționare a litigiilor au o natură consensuală și nu se pot desfășura în lipsa acordului de voință al părților, manifestat fie printr-o clauză contractuală anterior nașterii unui litigiu, fie printr-un acord, ulterior apariției conflictului^[1].

Principiul disponibilității procedurilor SAL este prevăzut inclusiv de Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, care în cuprinsul art. 2 alin. (1) stipulează că, în lipsa unor prevederi contrare, *„părțile, persoane fizice sau juridice, își pot soluționa conflictele de orice natură prin procedura medierii, chiar și după declanșarea unui proces în fața instanței de judecată”*. Mai mult decât atât, alin. (3) al aceluiași articol prevede dreptul persoanelor fizice sau juridice *„de a-și soluționa disputele prin mediere atât în afara, cât și în cadrul procedurilor obligatorii de soluționare amiabilă a conflictelor prevăzute de lege”*.

Conform art. 5 din Directiva 2013/11/UE privind soluționarea alternativă a litigiilor în materie de consum, în cazul litigiilor între consumatorii și comercianții care au sediul în UE, statele membre trebuie să acorde părților posibilitatea de a deferi cauza lor spre soluționare unei entități SAL.

Doctrina juridică^[2] afirmă că, prin utilizarea mijloacelor SAL, principiul autonomiei de voință a părților este extins, responsabilitatea asupra soluționării litigiului fiind transferată de la instanța de judecată către părți. Principiul disponibilității procedurii apare reprezentat prin posibilitatea părților de a alege modul de soluționare a litigiului, fiind libere să accepte sau nu rezolvarea conflictului printr-o modalitate SAL.

Totodată, principiul disponibilității procedurilor de soluționare alternativă a litigiilor se manifestă prin lipsa obligativității părților de a ajunge la un acord și prin posibilitatea acestora de a se retrage oricând din SAL, nefiind obligate să parcurgă întreaga procedură^[3].

^[1] ANGELICA ROȘU, *op. cit.*, p. 231; MANUELA SÎRBU, DIANA MONICA CROITORU-ANGHEL, *op. cit.*, p. 78.

^[2] ANGELICA ROȘU, *op. cit.*, pp. 231-232.

^[3] CAMELIA GAGU, DORIN-VALERIU BĂDULESCU, *Medierea în contextul noului Cod de procedură civilă*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, pp. 13-14.