

AVANTAJELE MIJLOACELOR ALTERNATIVE DE SOLUȚIONARE A LITIGIILOR COMERCIALE

Lector univ. drd. Angelica ROȘU
Universitatea „Danubius” din Galați

Résumé: *Le règlement alternatif occupe depuis quelques années un lieu favorable dans la résolution des litiges.*

Cette réalité répond aux attentes d'une société qui a beaucoup évolué. Les débats à caractère économique concernant la notion de justice sont orientés fréquemment vers des considérations d'efficacité. Effectivement, l'identification des moyens de résolution des litiges efficaces se trouve dans le centre des préoccupations des entreprises.

Le monde des affaires utilise les moyens alternatifs puis qu'elles conduisent à l'économie du temps. Ainsi, on peut éviter le coût de la procédure relatif soit à l'accès à l'une instance, soit à la durée nécessaire au déroulement d'un procès, durée souvent longue par rapport au temps économique.

La prévisibilité constitue encore un facteur d'une importance significative. L'assurance d'un résultat apporte un degré de satisfaction pour les parties.

L'économie mondiale dans laquelle les échanges internationaux sont effectués en quelques secondes impose aussi l'exigence de la confidentialité.

În oricare dintre țările „industrializate”, aceleași discursuri sunt ținute, aceleași reproșuri sunt formulate față de sistemul judiciar. Aproape toate studiile elaborate evidențiază disfuncționalitățile majore reproșate de societatea civilă ordinii judiciare (indiferent de ordine jurisdicțională, administrativă sau judiciară¹).

De o parte și de cealaltă a Atlanticului, criticile se aseamănă: lentoare, cost, distanță, complexitate, inegalitate. Modulurile alternative de soluționare a litigiilor, al căror succes este indisociabil de greșelile clasice ale justiției actuale, sunt rezultatul unor aspirații comune ale justițiabililor aparținând unui model occidental. Ceea ce se reproșează în mod constant sistemului judiciar este supraîncărcarea instanțelor cu cauzele deduse judecării, fapt ce antrenează consecințe nefaste, în ceea ce privește durata procesului.

În doctrină au fost avansate mai multe puncte de vedere despre fenomenul supraîncărcării instanțelor. Pentru un autor², multiplicarea puterilor judecătorului stă la originea judiciarizării societății, și în consecință, a fugii justițiabililor spre soluțiile extrajudiciare.

Într-o altă opinie³, se susține că această creștere a contenciosului s-ar datora multiplicării normative înregistrată atât la nivel național dar și comunitar, fapt ce ar genera o expansiune a prerogativelor juridice. Un ultim argument⁴ îl constituie criza prin care trec instituțiile clasice de reglementare socială, cum sunt biserica, școala, familia.

Putem afirma, deci, că doctrinarii realizează o legătură sistematică între fenomenul de congestiune și modulurile alternative. Fie că ne raportăm la tratatele de procedură civilă⁵, că ne referim la articolele de doctrină consacrate unei probleme determinate⁶ sau că accesăm pagini de

¹ „Nu suntem noi în acest moment pe cale să trăim un profund divorț între cetățeni și instituții”? A se vedea Guigou, Elisabeth, *La justice au service du citoyen*, edițiile Odile Jacob, 1998.

² Flecheux, Georges, *La judiciarisation de la société*, Les petites affiches, 25 octombrie 2000, p. 58 și 59.

³ Cadiet, Loic, *Le Spectre de la société contentieuse*, scrieri în omagiul lui Gerard Cornu, 1996.

⁴ Bonafe-Schmitt, Jean-Pierre, *La médiation, une justice douce*, Syros Alternatives, 1992, p. 37.

⁵ Legrand, M.G., *De l'Alternative Dispute Resolution aux modes alternatifs de règlement des conflits ?*, Etude comparee, articol disponibil la: <http://www.village-justice.com/articles/Alternative-Dispute-Resolution,1746.html>.

⁶ Camous, Eric, *Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent-ils une justice de proximité?*, Gazette du Palais, 30 octombrie 2003.

internet consacrate sau nu dreptului⁷, autorii relevă aceeași particularitate: justiția lentă, greoaie și congestionată explică răbufnirea soluționării alternative.

La momentul când organismele comunitare se reunesc pentru a analiza probleme de calitate și de eficiență a justiției, când puterile publice anunță cu regularitate proiecte de reformă a acestei instituții, exprimând lipsa mijloacelor acestui serviciu public, europenii evită, în mare parte, să se încreadă în organizarea judiciară și administrativă pentru a soluționa într-un termen rezonabil litigiile lor.

Imaginea este aceeași și pe continentul american, unde firmele de avocatură își invită concetățenii să soluționeze amiabil litigiile care îi opun, prevalându-se de faimoasa zicală (adesea greșit interpretată) „o înțelegere proastă este mai valoroasă decât un proces bun”. Aceste firme invocă în primul rând două argumente esențiale: cel al costului procesului și cel al timpului pe care îl necesită. Dorind să-și gestioneze litigiile într-o optică pragmatică tradițională, americanii s-au întors astfel, foarte devreme, spre *alternative dispute resolution* pentru a găsi o soluție la explozia contenciosului⁸.

Pentru o imagine concretă a supraîncărcării sistemului judiciar, ar fi fost oportun să fi oferit o viziune în cifre asupra fenomenului. Demersul este cu atât mai delicat cu cât, pe de o parte, statistici exhaustive sunt greu de obținut, iar pe de altă parte organizarea judiciară este diferită în fiecare țară. Totuși, anumite exemplificări și estimări s-au realizat de-a lungul timpului⁹, acestea conducând la concluzia că explozia contenciosului și inexistența unei intervenții pe măsură a statelor în a asigura mijloace jurisdicționale eficiente de a atenua acest fenomen, și-au făcut simțită prezența în toate statele supuse analizei.

Costul procesului¹⁰ este un alt reproș adus sistemelor judiciare. Întâlnit, în general, sub denumirea de cost financiar, uneori se pune problema costului moral sau psihologic al unui proces.

S-a afirmat că accesul la justiție în Statele Unite este reglementat prin bani, atât de importante sunt mijloacele financiare de care trebuie să dispună o parte pentru a se putea angaja într-un proces. Referirile sunt făcute la faza procedurală numită „discovery”¹¹ care este foarte

⁷ www.vie-publique.fr

⁸ Fenomenul de supraîncărcare a instanțelor a atins un asemenea nivel încât American Bar Association a trebuit să ia atitudine în 1992, denunțând situația sistemului juridic californian, aflat în pragul colapsului, care făcea să devină obligatorie utilizarea mijloacelor alternative de soluționare a litigiilor prealabil apelării la instanță.

⁹ Pentru Franța, în 2003, Ministerul Justiției anunța 1.698.144 cazuri introduse pe fond în materie civilă, 164.709 în materie administrativă și 5.319.320 procese-verbale primite de justiția penală. Termenul mediu de rezolvare a unui caz este de 16,1 luni în fața curților de apel în materie civilă, de 9,5 luni în fața tribunalelor de mare instanță și de 4,9 luni la tribunalele de instanță. El este mai mare în ce privește jurisdicțiile administrative, circa 18,7 luni în fața tribunalelor administrative, 28,8 luni în fața curților administrative de apel și 9,7 luni în fața Consiliului de Stat. Cifrele constituie o viziune, parțială în mod cert, a congestiei actuale a justiției în Franța care se găsește deci departe de a întruni exigențele articolului 6 din Convenția Europeană de Apărare a Drepturilor Omului și Libertăților Fundamentale, în special din punctul de vedere al termenului rezonabil.

Cât privește justiția federală americană, au putut fi obținute statistici oficiale. Ele permit constatarea conform căreia creșterea numărului de cazuri introduse (*caseloads*) este foarte importantă. La începutul anilor 1960, 50.000 de noi recursuri erau intentate în fiecare an în materie civilă. Această cifră a crescut în anii 1970 cu cca. 100.000 de noi recursuri, 200.000 în anii 1990 și peste 300.000 în zilele noastre. În schimb, este mai dificil de furnizat statistici cu privire la administrarea justiției la nivelul statelor deoarece informația este mult mai disipată și opacă, dar a fost estimat la aprox. 20 de milioane numărul noilor cazuri introduse în fiecare an. A se vedea M.G. Legrand, loc. cit.

¹⁰ În studiul inițiat de Centrul de cercetare asupra dreptului afacerilor din cadrul Camerei de Comerț și Industrie de la Paris consacrat temei: *Quelles juridictions économiques en Europe? - Du regne de la diversité a un ordre européen*, un sondaj realizat pe lângă avocații și juriștii din întreprinderile europene ajunge la următoarea constatare: costul arbitrajului pare exagerat pentru 7 juriști din 10 și pentru un avocat din 2. În schimb, costurile medierii sau ale concilierii apar justificate pentru un jurist de întreprindere din 2 și pentru 2 avocați din 5. De asemenea, din punct de vedere economic, procedura judiciară apare mai rentabilă decât arbitrajul pentru 6 juriști de întreprindere din 10 și pentru 5 avocați din 10. A se vedea C. Alexandre-Caselli, *Le regard des usagers de la justice économique*, in *Étude CREDA avec le GIP droit et justice, quelles juridictions économiques en Europe pour demain ?*, LexisNexis, 2006.

¹¹ „Discovery” numit și „disclosure” constă într-un drept de examinare prealabilă a probelor utilizate de partea adversă și se numără prin garanțiile legale de protecție a justițiabilului, la fel ca și exigența garantării unui proces echitabil într-un termen rezonabil, dreptul la judecată de către jurați; această primă fază a procedurii există încă din 1938, dată la care Curtea Supremă a Statelor Unite a adoptat Codul federal de procedură civilă (Federal Code of Civil Procedure), permițând astfel uniformizarea regulilor în materie în fața tribunalelor statale. De altfel, numeroase state au urmat

oneroasă. De fapt, costul probei se poate dovedi o adevărată piedică în asigurarea accesului la sistemul de justiție.

Justițiile europene, organizate în serviciu public, afirmă, de regulă, principiul gratuității accesului la un judecător, însă, de cele mai multe ori, complexitatea regulilor procedurale determină justițiabilii să apeleze la ajutor calificat (avocați, consilieri juridici). Totuși, nu este de neglijat nici cuantumul taxelor pe care le datorează titularul unei cereri în materie comercială, acestea calculându-se, de regulă, la valoarea pretențiilor.

Operatorii economici semnalează și problematica costului termenului în care este soluționat litigiul lor. Ori, o mediere reușită, spre exemplu, aduce câștig de timp, în opinia tuturor observatorilor, prin aceasta înțelegându-se atât timpul afectat procedurii cât și timpul de după proces, dacă părțile sunt loiale și dacă au avut perspicacitatea de a fi întrevăzut consecințele acordului lor asupra viitorului relațiilor. Supraîncărcarea sistemului jurisdicțional de stat, fără a fi o determinantă în optarea pentru soluționarea litigiului printr-un mijloc alternativ, nu este un argument conjunctural de disprețuit. Cerințele Convenției europene a drepturilor omului, cu referire la dreptul consacrat în art. 6 în sensul că fiecărei părți i se garantează soluționarea cauzei sale într-un termen rezonabil¹², nu îndepărtează, în practică, riscurile duratei excesive, dat fiind contextul comercial. Mai precis, mijloacele alternative creează posibilitatea pentru întreprinderi de a evita adoptarea de măsuri care să acopere riscul pe care îl presupune orice proces.

Și în Europa, și în Statele Unite, întreprinderile preferă arbitrajul sau medierea, evitând astfel pierderile economice pe care le presupune un proces. În fine, ideea costului moral este adeseori prezentă, ea fiind explicată prin aceea că un proces întins pe multe luni ar avea atât consecințe de ordin psihologic, cât și financiar.

Al treilea reproș comun sistemelor de justiție privește complexitatea, prin aceasta înțelegându-se atât complexitatea procedurii (specifică sistemelor juridice de tradiție anglo-saxonă), dar și complexitatea normativă (specifică sistemelor juridice de tradiție romană), evidențiindu-se, în primul rând complexitatea terminologică, apoi mecanismul regulilor de drept).

modelul „state code of civil procedure”. Datorită acestei faze pregătitoare numită „pretrial”, fiecare parte va lua la cunoștință despre mijloacele de dovadă pe care se sprijină cererile adversarului, cum ar fi identitatea martorilor, tipul probei, conținutul.... Acest lucru se înscrie în dorința de a garanta egalitatea și procesul echitabil, evitând efectele de surpriză pe care tribunalele le cunosc în sistemul „trial by ambush” (judecată prin ambuscadă). Acest mecanism particular de stabilire a probei nu este cunoscut decât de sistemele juridice care aplică o procedură de tip acuzatorial, în care părțile însele conduc audierile.

În aparență protector al intereselor părților, s-a afirmat că această procedură antrenează efecte „perverse” redutabile, așa încât reprezintă una din cauzele care împing justițiabilii să se orienteze spre *alternative dispute resolution*. De fapt, el este creatorul mai multor inconveniente majore. Mai întâi, este un procedeu lung de stabilire a probei, care se adaugă și el la timpul necesar derulării procedurilor și, în consecință, la congestionarea jurisdicțiilor. Fiecare parte va trebui să prezinte și să pună la dispoziția celeilalte părți elementele sale probatoare, ceea ce presupune consultarea multor documente dar și interogatoriile și contra-interogatoriile martorilor și terților obligați să se prezinte. Nu trebuie ignorate nici costurile pe care le-ar implica o expertiză (care de regulă sunt ridicate). Dovada nu ar putea fi irefutabilă și solid stabilită decât cu ajutorul unor avocați competenți, care să mănuiască cu abilitate regulile complexe de probe (federal rules of evidence și state rules of evidence), ale căror onorarii sunt adesea mari. Toate aspectele enunțate sunt suficiente pentru a concluziona că justițiabilul mediu nu are resursele necesare pentru a-și asigura un proces. În mod indubitabil, există o reglementare prin costuri a accesului la justiție pentru cetățenii americani și o inegalitate în fața acestui aparat, cu atât mai mult cu cât ajutorul juridic nu este repartizat în mod egal între State. În fine, dacă mizele financiare sunt mai ușor gestionate de comercianți, „discovery” naște un nou efect, la fel de dăunător și el rezidă în obligarea părților de a comunica informațiile. Nu este de neglijat nici efectul pe care l-ar avea publicitatea. S-a vorbit în acest context despre un adevărat „război probator” (discovery warfare) dacă procedura va fi utilizată pentru a hărțui un adversar sau pentru a-l obliga să prezinte documente comerciale și arhive, cu precădere dacă este un concurent. Această derivă este posibilă prin intermediul procedurii civile americane, atât de flexibile sunt regulile care guvernează actul introductiv de instanță și atât de vast câmpul de aplicare al discovery. A se vedea Legrand, M.G., *loc. cit.*

De asemenea, faza probatorie în Statele Unite a avut impact asupra dezvoltării ADR, deoarece a permis părților să se orienteze spre o soluție tranzacțională când luau la cunoștință pretențiile lor reciproce și știau ce probe dețin. O majoritate de fapte necontestate sau conștientizarea unui dezechilibru între elementele probatoare ale fiecăruia sunt de natură a împinge părțile spre o soluționare amiabilă.

¹² Pentru conturarea conceptului de termen rezonabil în materie comercială, se vedea Hotărârea CEDO din 22 noiembrie 2007 pronunțată în cauza *S.C. Concept Ltd SRL și Manole împotriva României*.

Evidențierea complexității se apropie de o altă critică clasică, și anume distanța dintre justițiabili și justiție, un autor numind-o chiar „distanță insuportabilă”¹³. Ea acoperă diferite aspecte: o distanță geografică în anumite cazuri; accesul dificil la o informație adesea incomprehensibilă pentru necunoscători; decalajul dintre magistrați și realitățile sociale.

Pentru a încheia, se cuvine să reținem o ultimă disfuncționalitate reproșată sistemelor judiciare, care privește inegalitatea. Prin această expresie urmează să înțelegem atât un tratament diferențiat în funcție de categoriile sociale, cât și inegalitatea generată de puterea financiară. Acest reproș se situează în centrul preocupărilor referitoare la serviciul public al justiției care are datoria de a respecta principiul fundamental al egalității cetățenilor în fața legii.

Totuși, nu putem să nu remarcăm că, în ceea ce privește expansiunea modurilor alternative de soluționare a litigiilor în raporturile comerciale internaționale, avantajele invocate sunt mai degrabă culturale și psihologice decât juridice. Pe de altă parte, succesul modurilor alternative ține parțial de inconvenientele evidențiate mai sus, dar în egală măsură reprezintă rezultatul căutării unei soluționări care să răspundă nevoilor specifice participanților la activitatea comercială, și, în general, adaptată modului în care funcționează societatea actuală.

În ceea ce privește primul avantaj, merită să subliniem că agenții economici și avocații/consilierii acestora sunt sensibili la cultura negocierii, prin aceasta înțelegându-se că, depășind stadiul de negare a pretențiilor fiecărei părți, se încearcă a se realiza mai degrabă o conciliere a intereselor. În legătură cu această situație, un autor sublinia, referindu-se la tradiția Franței: „în țara noastră latină, logica înfruntării era cel mai adesea preferată culturii compromisului care este mai bine integrat și mai prezent în mentalitatea anglo-saxonă”¹⁴.

Această cultură a negocierii derivă dintr-un alt obiectiv comercial care s-ar traduce prin evitarea oricăror acțiuni care ar avea ca rezultat agravarea stării conflictuale deja ivite și păstrarea unor relații bune cu partenerii, mai ales cu clienții.

S-a afirmat că utilizarea mijloacelor alternative redă managerilor știința tratării litigiilor¹⁵. În acest sens, un autor¹⁶ notează: „Managerul are impresia, atunci când trece de la lumea operațională la lumea litigiului judiciar, că abandonează toate repererele. De fapt, timing-ul, limba atât vorbită cât și scrisă, modurile de reflectare, procedurile, totul îi va fi impus, totul îi va fi străin. Întreprinderile sunt tentate să își reînsușească litigiile să scape de automatisme și determinisme și să își reafirme voința de schimbare.”

Astfel, soluționarea amiabilă a litigiilor permite vânarea riscului pe care îl conține inevitabil recurgerea la justiția de stat. În consecință, se produce o dejuridicizare a raporturilor sociale și a unei justiții rigide, în încercarea a crea o justiție ușoară, lină¹⁷. Părțile doresc să-și conducă litigiul, să hotărască asupra lui, aptitudine care le scapă în mare parte în cadrul unui proces, în special când acesta implică probleme juridice complexe.

Soluționarea alternativă își are, de câteva decenii, un loc favorabil în rezolvarea litigiilor. Această realitate este strâns legată de așteptările unei societăți care a evoluat. Dezbaterele cu caracter economic despre noțiunea de justiție se orientează în mod frecvent spre considerații ce țin de eficiență. De fapt, identificarea unor căi de soluționare a litigiilor, eficiente din punct de vedere economic, se află în centrul preocupărilor întreprinderilor, eficiența putând fi cuantificată prin raportare la: rapiditate, accesibilitate, previzibilitate, confidențialitate, costul financiar al acestor mijloace.

Modurile alternative beneficiază de favoarea lumii afacerilor prin aceea că ele permit economia unui proces. Ele remediază astfel costurile procedurii, fie că vorbim de costul financiar legat de accesul la instanță (taxe de timbru, cheltuieli antrenate pentru stabilirea probelor,

¹³ Jean-Denis Bredin comentând sondajul comandat de misiunea senatorială Haenel-Arthuis în 1991.

¹⁴ A se vedea Franck, M., *La gestion des conflits, enjeu stratégique pour les entreprises*, în *Annonces de la Sesine*, 10 iunie 2004, nr 38, p. 5. Aserțiunea este deopotrivă valabilă și pentru România, țară «cea mai latină» din acest punct de vedere, dacă ar fi să ne permitem să sfidăm regulile gramaticale.

¹⁵ Chaput, Y., *Philosophie des programmes de clemence et de transaction, expose*, *Gazette de Palais*, Editura 125, 2005, nr. 287, p. 96.

¹⁶ A se vedea Vincke, F., *Le caractère prospectif de la médiation, une expérience adossée à l'évolution américaine, ou la médiation en matière commerciale*, Editura du jeune barreau de Liège, 2000, p. 21.

¹⁷ Racine, Jean-Baptiste, *Les modes alternatifs de résolution des conflits, approche générale et spéciale*, 2001, p. 63.

onorariile experților, ale avocaților), fie că este vorba de costul termenului. Un eminent economist¹⁸ sublinia că acordul obținut de părți este întotdeauna în beneficiul ambilor protagoniști, chiar și atunci când tranzacția presupune anumite costuri.

Dincolo de conceptul eficiență-cost, întreprinderile caută eficiența și din punct de vedere al timpului. Un alt autor arăta: „timpul justiției rămâne lung, în ciuda anumitor mecanisme de accelerare și adesea defazat în raport cu timpul economic”.

Întreprinderile americane au asimilat foarte bine această sintagmă, deoarece 90% dintre cazuri fac obiectul unei soluționări alternative (tranzacție, arbitraj, mediere sau alte variante). Succesul mijloacelor alternative de soluționare a litigiilor rezidă, deci, în acest ultim criteriu de apreciere a eficienței, exprimat sintetic prin expresia atât de des uzitată „*time is money*”.

Previzibilitatea reprezintă un factor de o deosebită importanță, deoarece, asigurarea unei soluții, chiar parțial favorabile, atrage după sine un anumit grad de satisfacție în lumea afacerilor. Riscul nu este o manetă pe care comercianții doresc să o acționeze. Modurile alternative sunt deci parte integrantă din strategii judiciare elaborate de serviciile de contencios comercial, iar în unele cazuri, din strategii de comunicare ale întreprinderilor.

În fine, într-o economie mondializată, în care schimburile se efectuează în câteva secunde, iar fluxurile de capital și de informații sunt internaționale, exigența de confidențialitate ocupă uneori un loc la fel de important ca și exigența celerității.

Mijloacele alternative de soluționare a litigiilor garantează secretul afacerilor și permit, în plus, așa cum este cazul în relațiile diplomatice, obținerea unor rezultate mai bune.

¹⁸ Deffains, Bruno, „*Ronald Coasse*”, Dictionnaire de la justice, p. 168, Presses Universitaires de France, 2004, p. 205.