

Capitolul I

Procedura administrativă prealabilă

Secțiunea 1. Modalități alternative de soluționare a conflictelor juridice

Una din cele mai vechi forme de rezolvare a conflictelor este **medierea**, utilizată intens atât în țări europene, cât și în Statele Unite ale Americii sau Asia¹. Mediarea se referă la participarea voluntară într-un proces structurat în care o parte terță neutră asistă două sau mai multe părți care încearcă să atingă un acord, scopul intervenției mediatorului constând tocmai în facilitarea stabilirii acordului respectiv². Mediarea nu se realizează la fel în diferite domenii, structura, strategiile de bază sau tehnicile putând diferi în funcție de specificul obiectului supus procedurii³.

¹ Cea mai veche formă de mediere se pare că a fost cea privind istoria Sumerului, unde un rege sumerian a reușit cu 2000 de ani înainte de Hristos să medieze o dispută între vecinii săi, instaurând pacea; fenicienii, grecii și romanii erau familiarizați cu procedurile de mediere.

² Ștefan Boncu, *Negocierea și medierea – perspective psihologice*, Institutul european, București, 2006, pag. 179.

³ Indiferent de domeniul asupra căruia se aplică, se apreciază că la nivel internațional, rata acordurilor mediate depășește 60 %, iar gradul de satisfacție al mediatorilor, exprimat în procente, depășește 75%. În domeniul dreptului, medierea beneficiază de câteva avantaje clare: confidențialitatea procedurilor, părțile nemaitrebuind să se confrunte cu procedurile publice ale ședințelor de judecată, costurile reduse ale soluționării diferendelor, orice cale judecătorească presupunând costuri ridicate și rapiditatea cu care părțile ajung la o soluție. Mediarea comercială, de exemplu - Alternative Dispute Resolution (ADR) - a început să devină o prezență tot mai activă în

În România¹, soluționarea amiabilă a conflictelor juridice cunoaște câteva reglementări de substanță, cea mai semnificativă fiind Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator², care atestă în articolul 2 alin. 1 că părțile, persoane fizice sau persoane juridice, pot recurge la mediere în mod voluntar, inclusiv după declanșarea unui proces în fața instanțelor competente, convenind să soluționeze pe această cale orice conflicte în materie civilă, comercială, de familie, în materie penală, precum și în alte materii.

Ședința de informare privind medierea devenise obligatorie începând cu anul 2013, în temeiul Legii nr. 115/2012, potrivit căreia s-a stipulat că *dacă legea nu prevede altfel, părțile, persoane fizice sau persoane juridice, sunt obligate să participe la ședința de informare privind medierea, inclusiv după declanșarea unui proces în fața instanțelor competente, în vederea soluționării pe această cale a conflictelor în materie civilă, de familie, în materie penală, precum și în alte materii, în condițiile prevăzute de prezenta lege.*

Anterior acestor prevederi, dispozițiile legislative stabileau că *„persoanele fizice sau persoane juridice pot recurge la mediere în mod voluntar”*. Potrivit art. 2 alin. 1² din Legea nr. 192/2006, în varianta 2013, instanța va respinge cererea de chemare în judecată ca inadmisibilă în caz de neîndeplinire de către reclamant a obligației de a participa la ședința de informare privind medierea, anterior introducerii cererii de chemare în judecată, sau după declanșarea procesului până la termenul dat de instanță în acest scop, pentru litigiile în materiile prevăzute de art. 60¹ alin. (1) lit. a)-f).

mediul de afaceri, clauzele de mediere începând să-și facă tot mai des apariția în contractele comerciale din Uniunea Europeană ori Statele Unite ale Americii.

¹ O analiză a necesității reglementării medierii în România o regăsim la Christian Radu Chereji, Ciprian Tanul, Soluționarea conflictelor prin mediere – scurtă analiză a situației din România, în Revista Transilvană de Științe Administrative nr. 3(15)/2005, pag. 18-27.

² Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 441 din 22.05.2006.

Prin Decizia nr. 266/2014 referitoare la excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 200 din Codul de procedură civilă, precum și celor ale art. 2 alin. (1) și (12) și art. 601 din Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 464, din 25 iunie 2014, Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate referitoare la prevederile art. 2 alin. (1) și (12) din Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, care au fost declarate neconstituționale. Motivarea a rezidat în faptul că *obligativitatea participării la informarea despre avantajele medierii reprezintă o îngrădire a accesului liber la justiție, deoarece se constituie într-un filtru pentru exercitarea acestui drept constituțional, iar prin sancțiunea inadmisibilității cererii de chemare în judecată, acest drept este nu doar îngrădit, ci chiar interzis*¹.

Amintim aici și Legea nr. 381/2009² privind introducerea concordatului preventiv și a mandatului ad-hoc, care stipula că **mandatul ad-hoc** este o procedură confidențială, declanșată la cererea unui debitor (persoană juridică ce organizează o întreprindere aflată în dificultate financiară, fără a fi în stare de insolvență), prin care un mandatar ad-hoc, desemnat de instanță, negociază (s.n.) cu creditorii în scopul realizării unei înțelegeri între unul sau mai mulți dintre aceștia și debitor în vederea depășirii stării de dificultate în care se află întreprinderea acestuia din urmă.

Legea a fost abrogată prin Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, al cărei domeniu este extins, cuprinzând atât prevederi privind procedura insolvenței (prevederi generale aplicabile entităților de drept comun, prevederi speciale, aplicabile procedurii de insolvență destinate unor anumite categorii de debitori și insolvențelor cu element de extraneitate) cât și prevederi privind procedurile de

¹ <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/159260>.

² Publicată în Monitorul Oficial al României nr. 870/14.12.2009.

prevenire a insolvenței, respectiv mandatul ad-hoc și concordatul preventiv, majoritatea dintre acestea fiind regăsite, anterior Legii nr. 85/2014, în reglementări diferite. În cuprinsul legii se regăsesc instrumente concrete cum ar fi: continuarea curgerii dobânzilor pentru creditorii garantați, simplificarea modalității de omologare a concordatului, introducerea testului creditorului privat, care să permită și creditorilor bugetari să voteze un proiect de concordat¹.

Potrivit art. 5 pct. 17 din Legea invocată, concordatul preventiv este un contract încheiat între debitorul în dificultate financiară, pe de o parte, și creditorii care dețin cel puțin 75% din valoarea creanțelor acceptate și necontestate, pe de altă parte, omologat de judecătorul-sindic, contract prin care debitorul propune un plan de redresare și de realizare a creanțelor acestor creditori, iar creditorii acceptă să sprijine eforturile debitorului de depășire a dificultății în care se află.

Revenind la mediere, aceasta reprezintă o modalitate de soluționare a conflictelor pe cale amiabilă, cu ajutorul unei terțe persoane specializate în calitate de mediator, în condiții de neutralitate, imparțialitate, confidențialitate și având liberul consimțământ al părților. Medierea se bazează pe încrederea pe care părțile o acordă mediatorului, ca persoană aptă să faciliteze negocierile dintre ele și să le sprijine pentru soluționarea conflictului, prin obținerea unei soluții reciproc convenabile, eficiente și durabile.

Legea instituie în sarcina organelor judiciare și arbitrale, precum și a altor autorități cu atribuții jurisdicționale, în articolul 6, obligația de a informa părțile asupra posibilității și a avantajelor folosirii procedurii medierii, îndrumându-le să recurgă la această cale pentru soluționarea conflictelor dintre ele.

La întrebarea dacă procedura medierii poate fi utilizată în soluționarea litigiilor având ca obiect contracte administrative, în opinia mea nu trebuie exclusă *de plano* această posibilitate, deși

¹ www.just.ro/wp-content/uploads/2016/03/Cod-adnotat-FINAL.docx.

cu siguranță că oponenții acestei idei ar aduce argumentul că părțile într-un contract administrativ nu se află pe poziții de egalitate juridică, coroborat cu faptul că legea medierii nu reglementează în Capitolul VI - Dispoziții speciale privind medierea unor conflicte, și litigiile de natură administrativă, așa cum face cu cele de dreptul familiei sau de drept penal¹.

Cu toate acestea, având în vedere faptul că în mod expres organele judiciare au obligația de a informa părțile asupra posibilității și a avantajelor folosirii procedurii medierii - pe de o parte, iar pe de altă parte, faptul că legea stipulează expres excepțiile care nu pot face obiectul medierii - drepturile strict personale, cum sunt cele privitoare la statutul persoanei, precum și orice alte drepturi de care părțile, potrivit legii, nu pot dispune

¹ Arătăm că există și alte dispoziții legale care doar trimit la procedura de mediere a conflictelor, cum este, de exemplu, art.13 alin.1 lit. g) din Legea serviciilor publice de gospodărie comunală nr. 326/2001, cu modificările și completările ulterioare, care înscrie, printre obligațiile autorităților administrației publice locale față de utilizatorii serviciilor publice de gospodărie comunală, și „medierea conflictelor dintre utilizatorul și operatorul de servicii, la cererea uneia dintre părți”. Există și dispoziții legale „izolate”, referitoare la mediere, cuprinse în diverse legi speciale, cum sunt referirile la calitatea de mediator conținute de Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, republicată, cu modificările și completările ulterioare, care prevede în art. 15 lit. d) că „exercitarea profesiei de avocat este compatibilă cu (...) calitatea de arbitru, mediator, conciliator sau negociator (...) în condițiile legii” sau de Ordonanța Guvernului nr. 79/1999 privind organizarea activității practicienilor în reorganizare și lichidare, care prevede în art. 8 alin. 6) că „exercitarea atribuțiilor specifice activității practicienilor în reorganizare și lichidare este compatibilă cu funcția de arbitru, mediator, conciliator, expert judiciar și de sechestru convențional sau judiciar, în condițiile legii. Cu toate acestea, aceeași persoană nu poate exercita succesiv funcția de arbitru, mediator sau conciliator și, ulterior, pe cea de lichidator, decât după trecerea unei perioade de minimum un an, în cauzele privind aceeași societate comercială”. Menționăm aici și prevederile cuprinse în Legea nr. 168/1999 privind soluționarea conflictelor de muncă în care a fost introdusă, printre modurile de soluționare a conflictelor de interese, procedura de *mediere* a acestora, ca procedură specială, specifică dreptului muncii, cu reguli proprii, competența aparținând unor mediatori numiți anual de ministrul muncii și solidarității sociale, cu acordul Consiliului Economic și Social.

prin convenție sau prin orice alt mod admis de lege, arătându-se că în orice convenție ce privește drepturi asupra cărora părțile pot dispune, acestea pot introduce o clauză de mediere, a cărei validitate este independentă de validitatea contractului din care face parte – consider că și într-un contract administrativ părțile pot opta pentru această cale, supunând litigiul spre soluționare unui mediator care în încercarea de soluționare a litigiului va avea întotdeauna în vedere prioritatea interesului public.

Cu atât mai mult s-ar impune această concluzie după intrarea în vigoare a noului Cod de Procedură civilă, odată cu suprimarea procedurii rigide prevăzute în fostul art. 720¹.

Aceași întrebare poate fi pusă în legătură cu aplicabilitatea instituției **arbitrajului**, instituție tradițională care reprezintă o cale convențională de soluționare a litigiilor prin persoane particulare, investite de părțile litigante să constituie un tribunal arbitral, pentru soluționarea, printr-o hotărâre definitivă și obligatorie, a unui litigiu având ca obiect drepturi de care părțile pot dispune¹. Arbitrajul era reglementat în România de vechiul Cod de procedură civilă de la 1864, în articolele 340- art. 370³, reglementare ce reprezenta dreptul comun pentru toate formele de arbitraj privat. Prin încheierea unei convenții de arbitraj, părțile își asumă unele obligații specifice, angajându-se să supună diferendul lor unui anumit arbitraj, să aleagă arbitrii și să execute de bună voie sentința pronunțată².

În literatura juridică³ s-a exprimat rezerva cu privire la stabilirea posibilității de a se recurge la arbitraj în materia contractelor administrative, întrucât s-ar ocoli în acest mod instanța de contencios administrativ iar arbitrajul este o instituție specifică

¹ Gabriel Homotescu, *Litigii patrimoniale. Soluționarea pe calea arbitrajului*, Editura Lumina Lex, București, 1999, pag. 12.

² Ioan Leș, *Tratat de drept procesual civil*, ediția a II-a, Editura All Beck, București, 2002, pag. 691.

³ C. S. Săraru, *Acțiunea în contencios administrativ în cazul contractelor administrative*, în *Pandectele Române* nr. 9/2008, pag. 71 și urm.

dreptului profesioniștilor, unde părțile se află pe poziții de egalitate juridică; recurgerea la această cale alternativă de soluționare a litigiilor ar eluda necesitatea apărării interesului public.

Noul Cod de Procedură Civilă amplifică reglementarea anterioară, în scopul adaptării instituției la actualele realități economice, în articolele 541-621. Potrivit art. 542, persoanele care au capacitate deplină de exercițiu pot conveni să soluționeze pe calea arbitrajului litigiile dintre ele, în afară de acelea care privesc starea civilă, capacitatea persoanelor, dezbaterea succesorală, relațiile de familie, precum și drepturile asupra cărora părțile nu pot să dispună. Statul și autoritățile publice au facultatea de a încheia convenții arbitrale numai dacă sunt autorizate prin lege sau prin convenții internaționale la care România este parte iar persoanele juridice de drept public care au în obiectul lor de activitate și activități economice au facultatea de a încheia convenții arbitrale, în afară de cazul în care legea ori actul lor de înființare sau de organizare prevede altfel.

În legislația precedentă în materia achizițiilor, posibilitatea părților de a uza de această cale era stipulată expres în articolul 55 al Normelor de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii prevăzute în Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, care statua că părțile vor stabili în mod obligatoriu mecanismele de soluționare a divergențelor care pot să apară pe parcursul derulării contractului și instanțele investite cu soluționarea acestor diferende, putând insera în contract clauza arbitrală sau compromisorie care atribuie competența de soluționare a litigiilor izvorâte din executarea contractului instanțelor arbitrale¹. Totuși în vechea OUG nr. 34/2006, dispozițiile articolului 55 invocat mai sus nu se regăseau, ceea ce era de natură să conducă la o potențială neconstituționalitate a acestora, raportat

¹ Hotărârea Guvernului nr. 71 din 24/01/2007 de aprobare a Normei din 24/01/2007 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 98 din 08/02/2007.

la art. 108 alin. 2 din Constituție, care prevede că „hotărârile se emit pentru organizarea executării legilor”, neputându-se completa printr-un astfel de act normativ o ordonanță de Guvern. Cu toate aceste imperfecțiuni de tehnică legislativă, a fost intenția legiuitorului de a consfinți posibilitatea inserării clauzei arbitrale sau compromisorii în contractul administrativ.

Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestățiilor, prevede în art. 53 că procesele și cererile privind acordarea despăgubirilor pentru repararea prejudiciilor cauzate în cadrul procedurii de atribuire, precum și cele privind executarea, anularea, nulitatea, rezoluțiunea, rezilierea sau denunțarea unilaterală a contractelor se soluționează în primă instanță, de urgență și cu precădere, de către secția de contencios administrativ și fiscal a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul autorității contractante, prin complete specializate în achiziții publice.

În art. 57 însă se stipulează expres că părțile pot conveni ca litigiile în legătură cu interpretarea, încheierea, executarea, modificarea și încetarea contractelor să fie soluționate prin **arbitraj**.

Art. 106 din Normele metodologice din 16/11/2016 de punere în aplicare a Legii nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii statuează că părțile vor stabili în mod obligatoriu mecanismele de soluționare a divergențelor care pot să apară pe parcursul derulării contractului și instanțele investite cu soluționarea acestor diferende. Părțile pot insera în contract clauza compromisorie care atribuie competența de soluționare a litigiilor izvorâte din executarea contractului instanțelor arbitrale.

La fel, instituția arbitrajului s-a bucurat de recunoașterea legiuitorului prin Legea nr. 129/1998 privind înființarea, organizarea și funcționarea Fondului Român de Dezvoltare Socială, în care s-a recunoscut posibilitatea recurgerii la arbitraj în cazul