

ASPECTE PRIVIND SOLUȚIONAREA AMIABILĂ, PRIN CONCILIERE SAU MEDIERE, A LITIGIILOR COMERCIALE ȘI A CELOR IZVORÂTE DIN ÎNCHEIEREA, EXECUTAREA SAU MODIFICAREA CONTRACTELOR ADMINISTRATIVE

Cons. jur. drd. Constantin MIHALESCU

Cons. jur. Alexandra Mădălina VICOL

Abstract

The removal of the procedure of direct conciliation or mediation, as an expression of a monistic approach to civil law, and the elimination of the distinction between the legal regime of civil obligations and that of commercial obligations, as it existed in the Civil Procedure Code of 1865 updated by Law no.202/2010 - The law of small reform, has contributed to the multiplication of commercial disputes and those ones arising from the conclusion, execution or amendment of administrative contracts, with the consequence of overcrowding of courts. A viable solution, in our opinion, could be to amend the mediation law by specializing the commercial mediator who can use all types of mediation, and this mediation institution should have a well-deserved place in the future Commercial Code, already foreshadowed by the founders of the Romanian Institute of Commercial law.

Keywords: *administrative contract, mediation, conciliation, conflict, commercial code, mediation law, commercial mediation.*

Introducere

Abrogarea art. 7 alin. (6) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004¹ prin Legea nr. 212 din 2018 privind modificarea și completarea Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004 și a altor acte normative² a condus, în opinia noastră, la o exaladare a litigiilor izvorâte din încheierea, executarea sau modificarea contractelor administrative.

Fenomenul se regăsește, în special, în cazul contractelor administrative încheiate de autoritățile publice sau entități din subordinea acestora și care au ca obiect punerea în valoare a terenurilor proprietate publică, prin licitație publică, în scopul construirii de spații comerciale provizorii de către comercianți interesați.

¹ <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/57426>.

² <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/203218>.

În practică se întâlnesc situații în care, odată atrași în această aventură a închirierii în baza unei licitații publice a unor astfel de terenuri, comercianții în cauză vor trebui să construiască spațiile în baza unei Autorizații de construire emise în baza Legii nr. 50/1991 a construcțiilor³, iar obținerea avizelor necesare poate dura și un an.

În cazul în care comerciantul optează pentru construirea unui spațiu comercial pentru a funcționa în industria ospitalității⁴ (HORECA), va trebui să suporte și niște cheltuieli voluptuării (în percepția necunoscătorilor), întrucât, în amenajarea și autorizarea unor astfel de spații comerciale, sunt solicitate diferite avize de către autoritățile sanitare, sanitar veterinar, mediu, pompieri, etc. pentru că la emiterea autorizațiilor de funcționare se impune imperativ și îndeplinirea unor condiții speciale.

Pentru îndeplinirea acestor condiții comercianții în cauză sunt nevoiți să folosească materiale mai scumpe la pardoseli, pereți, băi, geamuri, etc., care să asigure o mai mare siguranță împotriva microbilor, bacteriilor, etc., cheltuieli care nu se încadrează în categoria cheltuielilor voluptuării, mai ales că în contextul pandemiei își arată eficacitatea. Aceste cerințe se suprapun și cu prevederile art. 6 al H.G. din 29 mai 2020 privind starea de alertă⁵, a împiedicării răspândirii virusului COVID-19, în scopul de a asigura în incinta spațiilor comerciale curățarea și dezinfecția cu substanțe biocide avizate a tuturor spațiilor/suprafețelor unde au acces clienții, precum și a ustensilelor utilizate în timpul servirii mesei.

Odată cu obținerea autorizației de funcționare pentru un astfel de spațiu comercial, comerciantul în cauză trezește interesul decidenților autorității publice sau a entităților juridice din subordinea acestora.

Prevalându-se de clauza contractuală a închirierii terenului în cauză pentru o perioadă de 1 (un) an, decidenții autorității publice sau a entităților juridice din subordine, folosindu-se de diferite constrângeri profită, de cele mai multe ori, de naivitatea comercianților, de pasivitatea acestora și/sau lipsa de cunoaștere a drepturilor conferite de legislația în vigoare și, în special, de Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004.

Acest tip de comerciant devine o victimă sigură, mai ales dacă are multiple cheltuieli, cum ar fi: rate la bancă, impozite, datorii la creditori, etc. iar veniturile doar din această sursă cât și siguranța locului de muncă îi sunt elemente determinante în asigurarea veniturilor necesare. Acesta sacrifică, de cele mai multe ori, dreptul de a contesta, pentru o valoare socială superioară, în opinia sa, și anume: dreptul de a se bucura de un raport comercial nelitigios.

Improvizând, de cele mai multe ori, o negociere formală, fără o bază juridică și economică minuțios fundamentată, autoritatea publică decidentă, respectiv

³ <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/55794>.

⁴ <https://ro.wikipedia.org/wiki/HoReCa>.

⁵ <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/225876>.

Consiliul local sau Consiliul județean, după caz, având ca fundament legal acest tip de negociere a prețului noii chirii în baza căreia își fundamentează și Expunerea de motive, adoptă o hotărâre în baza art. 129, respectiv 173 din O.G. nr. 57/2019 privind Codul administrativ⁶.

Odată cu adoptarea unei astfel de hotărâri, comerciantul în cauză se poate regăsi în situația în care executarea contractului administrativ devine prea împovărătoare și riscă să se ruineze.

În opinia noastră, ajungerea comerciantului în această situație, nu poate fi conformă cu interesul general al societății și nici cu litera și spiritul legii. Legislația în vigoare, în opinia noastră, îi permite unui astfel de comerciant să riposteze legal față de o astfel de situație.

Fundamentarea juridică își extrage forța din Constituția României⁷ – ar. 1 alin. „(3) România **este stat de drept, democratic și social**, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme, în spiritul tradițiilor democratice ale poporului român și idealurilor Revoluției din decembrie 1989, și sunt garantate (...).

(5) În România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie.”

Așadar, **statul de drept** presupune, pe de o parte, **principiul legalității**, fără a se reduce la acesta, iar, pe de altă parte, permite administrației publice, implicit celei locale sau județene să-și exercite puterea discreționară, anume „*acea marjă de libertate lăsată la libera apreciere a unei autorități astfel ca, în vederea atingerii scopului indicat de legiuitor, să poată recurge la orice mijloc de acțiune în limitele competenței sale*”.

Însă această putere discreționară, sau drept de apreciere, sau oportunitate, cum mai este denumită în literatura de specialitate, nu este nelimitată, „*cenzurarea*” acesteia putând interveni atunci când este afectată chiar legalitatea și când, practic, se acționează cu exces de putere, nemaiputându-se vorbi despre o bună administrare.

Concret, autoritatea publică contractantă poate să modifice sau să rezilieze unilateral contractul administrativ⁸ numai cu notificarea prealabilă a contractantului și numai atunci când interesul public o cere.

În cazul în care modificarea unilaterală a contractului administrativ îi aduce un prejudiciu, contractantul are dreptul să primească în mod prompt o despăgubire adecvată și efectivă. În caz de dezacord între autoritatea publică și contractant cu privire la suma despăgubirii, aceasta va fi stabilită de către instanța judecătorească competentă. Acest dezacord nu poate, în niciun caz, să permită contractantului să se sustragă obligațiilor sale contractuale.

⁶ <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/215925>.

⁷ <http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?id=339>.

⁸ Bogasiu Gabriela, *Legea contenciosului administrativ*, comentată și adnotată, ed. a 4-a, rev. și adăug., Universul Juridic, București, 2018, p. 130.

Dreptul autorității publice contractante de a modifica unilateral privește doar partea reglementară a contractului și se fundamentează pe dreptul său exclusiv de a constata modificarea interesului public și de a se adapta în consecință serviciului public. Contractantul nu va putea contesta oportunitatea măsurii. Acest drept al administrației nu poate fi exercitat discreționar, ci numai dacă respectiva modificare este cerută de o mai bună adaptare a contractului la necesitățile satisfacerii interesului public.

Autoritățile publice competente organizează serviciile publice, în regim de drept public, în scopul satisfacerii unui interes public. În măsura în care autoritatea contractantă constată o modificare a interesului public, aceasta poate, prin acte administrative de autoritate, să modifice condițiile de desfășurare a serviciului public ori chiar să desființeze serviciul public, modificând sau, după caz, punând capăt contractului.

În cadrul unui contract administrativ, există atât clauze contractuale, cât și clauze reglementare.

Clauzele contractuale se pot modifica prin acordul părților, iar clauzele reglementare se pot modifica unilateral de autoritatea publică din motive legate de interesul național sau local, după caz.

Modificarea clauzei reglementare asociată cuantumulului chiriilor pe considerentul că s-a modificat interesul public, nu ar trebui, în opinia noastră, ca autoritatea publică să acționeze în a modifica unilateral partea reglementară a contractului fără o fundamentare temeinică în ceea ce privește modificarea fondului de comerț al părților sau ca urmare a unor împrejurări ulterioare încheierii contractului administrativ.

Această fundamentare nu poate fi făcută decât de un expert cu specializarea EI (Evaluări de Întreprinderi, de Fond de Comerț și alte Active Necorporale) și să fi respectat Standardul de evaluare SEV-210, paragrafele C11-C13⁹.

Expertul în cauză întocmește un Raport de evaluare în care specifică o marjă între care se poate negocia prețul noii chirii. În acest stadiu al procedurii, părțile pot apela și la un expert în negociere, conciliere sau mediere, dar, de cele mai multe ori, acest lucru nu se întâmplă.

Aspecte privind litigiile comerciale și a celor având ca obiect contracte administrative

Litigiile izvorâte din încheierea, executarea sau modificarea contractelor administrative sunt soluționate de instanțele de contencios administrativ competente, iar legea specială care le guvernează este Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004.

⁹ https://www.anevar.ro/images/documente/standardele_de_evaluare_anevar_2015_pt_site.pdf.

Potrivit art. 7 alin. (6) din Legea nr. 554/2004, în forma inițială¹⁰, în cazul acțiunilor având ca obiect contracte administrative, procedura prealabilă avea semnificația concilierii în cazul litigiilor comerciale, cu aplicarea corespunzătoare a Codului de procedură civilă.

Ca expresie a unei abordări moniste a dreptului civil și de eliminare a distincției dintre regimul juridic al obligațiilor civile de cel al obligațiilor comerciale, procedura concilierii directe așa cum exista în Codul de procedură civilă din 1865 actualizat prin Legea nr. 202/2010 – Legea micii reforme, și, în care art. 42 prevedea: „La articolul 720¹, alineatul 1 se modifica și va avea următorul cuprins:

«Art. 720¹. În procesele și cererile în materie comercială evaluabile în bani, înainte de introducerea cererii de chemare în judecată, reclamantul va încerca soluționarea litigiului fie prin mediere, fie prin conciliere directă.»¹¹, a fost eliminată.

Această instituție juridică, în opinia noastră, ar fi putut și în prezent să-și arate eficacitatea.

Abordarea monistă a dreptului civil prin care procedura prealabilă este prevăzută de art. 193 NCPC¹²: „(1) Sesizarea instanței se poate face numai după îndeplinirea unei proceduri prealabile, dacă legea prevede în mod expres aceasta. Dovada îndeplinirii procedurii prealabile se va anexa la cererea de chemare în judecată.

(2) Neîndeplinirea procedurii prealabile nu poate fi invocată decât de către pârât prin întâmpinare, sub sancțiunea decăderii”, nu conferă o garanție suficientă titularului dreptului la acțiune în materia contenciosului administrativ, și, în special, al unui comerciant parte a unui contract administrativ.

Actuala formulare a art. 7 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 nu cuprinde nicio referire la posibilitatea părților de se întâlni și a negocia acele aspecte care ar putea împiedica declanșarea litigiului.

Forma actuală a art. 7 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 acordă posibilitatea persoanei vătămate ca, în termen de 30 de zile, să solicite autorității publice emitente sau autorității publice ierarhic superioare, revocarea în tot sau în parte, actului administrativ contestat, iar în practică sunt puține cazuri când o astfel de întreprindere are succes.

Funcționarii publici din cadrul autorității publice ierarhic superioare sunt, de regulă, solidari cu cei ai autorității publice emitente. Din spirit de conservare, aceștia sacrifică spiritul de întreprinzător al comerciantului în folosul conservării beneficiilor rezultate din apartenența la corpul birocratic al autorității publice. În acest fel, lipsa de reformă reală în autoritățile publice va fi suplinită prin împovărarea fără o fundamentare reală a micului întreprinzător, parte a unui contract

¹⁰ <https://lege5.ro/Gratuit/gu3dsojy/art-7-procedura-prealabila-lege-554-2004?dp=gi3damjtg yzda>.

¹¹ http://www.dreptonline.ro/legislatie/legea_202_2010_masuri_pentru_accelerarea_solutiunii_proceselor_mica_reforma_a_justitiei.php.

¹² <https://lege5.ro/gratuit/gmzdmobzgg/art-193-procedura-prealabila-codul-de-procedura-civila?dp=gzydcnxyzgdm>.

administrativ. Entitățile publice, de interes local sau județean, sunt obligate să aibă un management performant, să-și asigure din surse proprii banii necesari și, în completare, din alocații de la bugetul local sau județean, în limita sumelor aprobate cu aceasta destinație. În acest context, este mult mai facil să-și procure veniturile necesare din supraîndatorarea chiriașilor, în condițiile în care actuala legislație ambiguă le permite să-și atingă scopurile.

Art. 8 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, actualizată prin Legea nr. 212 din 2018, prevede că: *„Instanța de contencios administrativ este competentă să soluționeze litigiile care apar în fazele premergătoare încheierii unui contract administrativ, precum și orice litigii legate de încheierea contractului administrativ, inclusiv litigiile având ca obiect anularea unui contract administrativ. Litigiile care decurg din executarea contractelor administrative sunt în competența de soluționare a instanțelor civile de drept comun.”*

Așadar, litigiile care decurg din executarea unui contract administrativ este de competența de soluționare a instanțelor civile de drept comun. În același sens converge și art. 53 alin. (1¹) din Legea nr. 101/2016¹³, care are următorul conținut: *„Litigiile și cererile care decurg din executarea contractelor administrative și cele care decurg din rezilierea, rezoluțiunea, denunțarea unilaterală sau încetarea anticipată a contractelor de achiziție publică din motive independente de autoritatea contractantă se soluționează în primă instanță, de urgență și cu precădere, de către secția civilă a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul autorității contractante sau în circumscripția în care își are sediul social/domiciliul reclamantul.”*

Actualele crize economice au capturat cu siguranță întreaga agendă publică, iar problematica comercială a stârnit interesul actorilor comerciali, iar limitele fragile ale reglementărilor comerciale incluse în Noul Cod civil își arată deja slăbiciunile.

Indiscutabil, actorii din piața afacerilor autohtone, și nu numai, se confruntă, cum este și firesc, de o avalanșă de conflicte de natură comercială, iar numărul insolvențelor crește constant¹⁴.

Aceste conflicte nu vor putea fi soluționate decât extrajudiciar și judiciar. Extrajudiciar pot fi soluționate rapid prin negociere, mediere și arbitraj. Călea judiciară, prin intermediul Codului civil, monist, anacronic și considerat experiment nereușit de către practicienii dreptului comercial, va fi cu siguranță evitată, celeritatea soluționării litigiului într-un timp rezonabil va fi cu siguranță preferată. Ar putea fi și cazul conflictelor rezultate din încheierea, executarea sau modificarea contractelor administrative dacă prin lege s-ar opta pentru un system mai puțin rigid.

¹³ <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/178680>.

¹⁴ https://www.stiripesurse.ro/crestere-cu-10prc-a-numarului-de-insolvente-in-romania-acesta-fiind-cel-mai-semnificativ-avans-din-ultimii-5-ani_2257850.html.

În fața acestor valuri de conflicte comerciale, este de preferat ca acestea să se soluționeze cu celeritate, pe cale amiabilă, cu costuri reduse și grad mare de a fi respectate înțelegerile ce vor fi încheiate. După părerea noastră, instituția juridică capabilă să gestioneze cu șanse aceste crize economice este medierea comercială în care mediatorii să poată folosi orice tip de mediere, de preferință medierea evaluativă.

Acest deziderat nu va putea fi îndeplinit cu ajutorul actualei legi a medierii, Legea nr. 196/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator¹⁵, ci va fi nevoie de o inițiativă legislativă de modificare sau completare a acestei legi, pentru a deveni funcțională și a îndeplini misiunea socială pentru care se presupune că a fost promulgată.

Totodată, viitoarea lege a medierii trebuie să se constituie într-o platformă de pe care instituția medierii comerciale să aibă un loc binemeritat și în viitorul Cod comercial, prefigurată deja de fondatorii Institutului Român de Drept Comercial¹⁶.

Situația sufocării instanțelor civile prin adoptarea actualului sistem monist a fost prevăzută și de regretatul profesor Stanciu Cărpenaru în lucrarea *Drept comercial român*¹⁷, atunci când făcea referire la concluziile referitoare la importanța dreptului comercial în societatea contemporană. Reputatul profesor considera că „*Dreptul comercial, ca un drept particular și ca subramură a dreptului privat, trebuie să își găsească izvorul în Codul comercial și în legile comerciale speciale, iar nu într-o reglementare unică, cea a Codului civil*”, iar „*Rolul dreptului comercial în reglementarea raporturilor comerciale, în perioada formării economiei de piață în țara noastră, reclamă perfecționarea Codului comercial, la nivelul standardelor moderne existente în alte țări.*”

Opiniile specialiștilor în legislație comercială, cum ar fi aceea a reputatului profesor, converg spre ideea că includerea legislației comerciale în Noul Cod civil¹⁸ a fost un pas înapoi în materia comercială, generând astfel prin efectul acestei abordări un regres în ceea ce privește problematica comercială, efect resimțit din plin de societatea noastră.

În altă ordine de idei, Înalta Curte de Casație și Justiție s-a pronunțat de nenumărate ori asupra importanței parcurgerii procedurii prelabile de conciliere ori mediere în vechea legislație civilă.

Astfel, într-o Decizie de îndrumare a stabilit că: *Mai trebuie menționat că, din ansamblul reglementării, rezultă că, prin instituirea procedurii prelabile de conciliere, legiuitorul a urmărit să transpună în practică principiul celerității soluționării litigiilor dintre părți – mai pregnant în materie comercială – și să degreveze activitatea instanțelor*

¹⁵ <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/178680>.

¹⁶ https://www.stiripesurse.ro/crestere-cu-10prc-a-numarului-de-insolvente-in-romania-acesta-fiind-cel-mai-semnificativ-avans-din-ultimii-5-ani_2257850.html.

¹⁷ Cărpenaru, Stanciu D., *Drept comercial român*, ed. a VII-a, rev. și adăug., Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 16.

¹⁸ <https://www.juridice.ro/304477/bilantul-medierii-sub-1-din-toate-cazurile-din-uniunea-europeana.html>.

de judecată. Astfel, rolul normei procedurale criticate este acela de a reglementa o procedură extrajudiciară care să ofere părților posibilitatea de a se înțelege asupra eventualelor pretenții ale reclamantului, fără implicarea autorității judecătorești competente¹⁹.

Înalta Curte de Casație și Justiție s-a mai pronunțat în sensul că „procedura elaborată în scopul celerității soluționării unor diferende, are în vedere certitudinea juridică și stabilitatea circuitului comercial²⁰.

Sintetizând putem spune că, prin instituirea procedurii concilierii prealabile, legiuitorul a urmărit soluționarea rapidă a neînțelegerilor dintre comercianți fără a apela la procedura judiciară, mai complexă și mai lentă, și degrevarea activității instanțelor judecătorești.

Așa cum am spus mai sus, considerăm corect și legal acest ultim punct de vedere, pe care îl susținem și cu următoarele argumente: Nu numai prevederile art. 131 și 720⁷ sunt diferite de cele ale art.720¹, dar și scopul urmărit este altul, respectiv, în cazul art.720¹, rezolvarea neînțelegerilor dintre comercianți înainte de sesizarea instanței și deci prevenirea litigiilor și degrevarea instanțelor. Față de aceasta credem că necesitatea și, mai ales, utilitatea concilierii prealabile este evidentă și, drept urmare, ea nu poate fi privită ca o procedură a cărei realizare poate fi lăsată la libera apreciere a reclamantului²¹.

În materia contenciosului administrativ, ÎCCJ prin Decizia 75/2018 referitoare la pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea următoarei chestiuni de drept: „Față de abrogarea expresă a dispozițiilor art. 720¹ din vechiul Cod de procedură civilă, este obligatorie parcurgerea procedurii prealabile, reglementate de art. 7 alin. (6) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, în cazul acțiunilor având ca obiect nulitatea, anularea, executarea, rezilierea sau rezoluțiunea unui contract administrativ, inclusiv în situația în care acțiunea este formulată de o autoritate publică, precum și în situația în care acțiunea este formulată de o autoritate publică la recomandarea/propunerea unui organism de control intern sau internațional?”, Curtea a decis că: „Față de abrogarea expresă a dispozițiilor art 720¹ din vechiul Cod de procedură civilă, este obligatorie parcurgerea procedurii prealabile, reglementate de art. 7 alin. (6) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările ulterioare, în cazul acțiunilor având ca obiect nulitatea, anularea, executarea, rezilierea sau rezoluțiunea unui contract administrative, inclusiv în situația în care acțiunea este formulată de o autoritate public, recomandarea/propunerea unui organism de control intern sau internațional.”

¹⁹ Curtea Constituțională a României, decizia nr. 335 din 16 septembrie 2004, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 955 din 19 octombrie 2004.

²⁰ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția comercială, decizia nr. 1152/2005, în extras în M. Tăbărcă, Gh. Buta, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, pp. 1553-1554.

²¹ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția comercială, decizia nr. 1194/2004, în extras în M. Tăbărcă, Gh. Buta, *op. cit.*, p. 1534. Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția comercială, decizia nr. 3239/2005, în Buletinul Casației 2006, nr. 2, p. 54.

Concluzii

Pentru o mai bună contracarare a fenomenului de criză economică care a cuprins întreaga lume ca urmare a războiului din Ucraina, a penuriei de materii prime, a crizei alimentare, a pandemiei, a sistării ajutoarelor de stat la nivelul UE datorită pandemiei, ajutoare care au depășit anul trecut 1.700 miliarde de euro, ar trebui ca în materie de mediere obligatorie să preluăm modelul Italiei de contracarare a crizei economice din anul 2008.

După cum s-a arătat în studiul de impact lansat în aprilie 2013 de Parlamentul European în legătură cu implementarea Directivei cadru 2008/52/CE privind medierea cu titlul „*«Redemararea» directivei privind medierea: evaluarea impactului limitat al implementării sale și propunerea de măsuri pentru creșterea numărului de medieri în UE²²*” și prezentat în cadrul Comisiei pentru Afaceri Juridice a Parlamentului European în data de 20.01.2014, la data de 20 septembrie 2013, prin Decretul 69/2013 (*Decret al medierii obligatorii*), Italia a reintrodus medierea obligatorie, motivația fiind „*dispoziții urgente pentru relansarea economiei*”.

În Raportul privind starea medierii în statele membre publicat în data de 21.11.2018 de Parlamentul European²³ în care se menționează că, „*deși medierea este peste tot și de toți lăudată și promovată, este foarte puțin folosită de cetățenii europeni și foarte puțin încurajată de statele membre*”, iar dacă România ar fi introdus o procedură de mediere de tip italian, „*cu o mediere obligatorie pe fondul conflictului (nu doar de informare sau tatonare a conflictului) cu posibilitatea părților de a se retrage oricând din mediere, atunci medierea obligatorie ar fi trecut examenul de constituționalitate*”.

Concluzia reflectată de acest Raport ar trebui să provoace toate organizațiile de mediatori autorizați din Uniunea Europeană, iar Consiliul de mediere din România ar trebui să formuleze o inițiativă legislativă care să poată trece eventualele teste de constituționalitate.

O oportunitate plauzibilă este oferită de platforma organizației Institutului Român de Drept Comercial²⁴, care are ca principale obiective: „*realizarea cercetării științifice în domeniul dreptului comercial și a materiilor conexe dreptului comercial; încurajarea și facilitarea dezbaterilor pe teme majore ale dreptului comercial, de actualitate pentru doctrină, jurisprudență, pentru Uniunea Europeană și pentru România; promovarea și sprijinirea creșterii calității pregătirii juridice în domeniul dreptului comercial; dezvoltarea științelor juridice, cu prioritate în domeniul dreptului comercial și a materiilor conexe acestuia; propunerea și susținerea tezelor noului Cod comercial român organelor abilitate ale statului român, organismelor științifice, mediului de afaceri și a oricărui*

²² <https://www.juridice.ro/304477/bilantul-medierii-sub-1-din-toate-cazurile-din-uniunea-europeana.html>.

²³ <https://www.avocatu.ro/romania-data-exemplu-negativ-privind-medierea-in-europa-starea-medierii-in-europa-la-10-ani-de-la-adoptarea-directivei-2008-52-ce/>.

²⁴ <https://www.juridice.ro/668355/s-a-constituit-institutul-roman-de-drept-comercial.html>.

entități și instituții interesate – în vederea adoptării noului Cod comercial; susținerea unui proiect al unui nou Cod comercial – adecvat cerințelor actuale și viitoare ale societății românești”.

Forma actuală a legii medierii românești, Legea nr. 196/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, reduce rolul mediatorului doar la atributul facilitării dialogului, iar acest atribut nu este un motiv serios pentru care un justițiabil, mai ales unul care are de soluționat un litigiu comercial, ar apela la un astfel de mediator. Un astfel de mediator nu este recomandat a media litigiul cum ar fi acelea dintre o autoritate publică și un comerciant în cazul unui contract administrativ. Literatura de specialitate numește acest tip de mediere *mediere facilitativă*, și presupune o anumită abilitate a mediatorului de a ghida părțile, prin intermediul procesului de comunicare, să se concentreze pe propriile opinii, abținându-se, totodată, în a-și exprima opinia cu privire la un anumit acord încheiat între părți²⁵.

Potrivit principalului promotor al acestui stil de mediere, Leonard Riskin, „mediatorul care folosește acest stil de mediere are ca misiune principală consolidarea și clarificarea comunicării dintre părți pentru a le putea ajuta să decidă ce să facă”²⁶.

Rolul de facilitator al mediatorului în procesul de mediere este considerat ca fiind principalul rol în mai toate definițiile date medierii. Din economia prevederilor Legii nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, transpare ideea că în legea românească a medierii rolul mediatorului se reduce, în principal, la facilitarea procesului de mediere. Mediatorul facilitativ nu este interesat de obținerea unui anumit rezultat, el coordonează subtil procesul de mediere și asistă părțile la deliberări. Poate face însă unele recomandări²⁷, dar nu cu privire la luarea unei anumite decizii hotărâtoare privind soluționarea conflictului. De aceea, în cadrul medierii facilitative, mediatorul nu poate face recomandări, nu poate da sfaturi și nu își poate exprima opinia asupra soluțiilor acceptate de părți, fapt care, în opinia noastră, crează o imensă frustrare unui mediator cu o oarecare expertiză.

Mai mult, instituindu-se un cadru îngust de manifestare a profesiei de mediator prin prevederile legii medierii, coroborat cu faptul că această profesie nu își poate demonstra valențele într-o societate dezbinată, înșelată, mințită și debusolată, se impune o reanalizare a legii medierii, în sensul că medierea facilitativă cu acest element caracteristic dominant inclus, să constituie doar un prim pas în medierea propriu zisă. Abia după ce mediatorul a reușit să faciliteze comunicarea dintre părți s-ar putea trece la o mediere adevărată prin care părțile să-și poată cunoaște întinderea drepturilor și obligațiilor, și nu să încheie o înțelegere bazată pe un impuls de moment, pe necunoașterea în totalitate a acestor drepturi și

²⁵ L.L. Riskin, *Understanding mediators, orientations, strategies and techniques: A grid for the perplexed*, Harvard Negotiation Law Review, nr.1, 1996, pp. 7-51.

²⁶ *Idem*, p. 119.

²⁷ *Ibidem*.

obligății și a consecințelor care decurg din implementarea înțelegerii perfectate prin acordul de mediere.

După cum putem constata, rolul unui mediator într-un litigiu comercial, în care comunicarea părților nu se rezumă doar la aspecte de ordin subiectiv de comunicare, ci trebuie să dezbată probleme punctuale, de contabilitate, de marketing, de studiu de piață, de previziune, de expertiză, curs valutar, asociați, dividende, acționari, parteneri de afaceri, fond de comerț, etc., putem presupune că reducerea rolului mediatorului doar la facilitarea dialogului, nu este suficient.

De lege ferenda, ar trebui să se introducă în legislația românească obligativitatea încercării de a se soluționa amiabil conflictele comerciale și cele provenite din încheierea, executarea sau modificarea contractelor administrative, nu neapărat prin intermediul medierii, întrucât pot exista situații în care părțile pot comunica și detensiona singure, instantaneu, orice conflict.

În caz de nevoie, pot apela la un mediator specializat în litigii comerciale, care să le îndrume și să le lămurească în așa fel încât să încheie un acord negociat și acceptabil pentru fiecare dintre părți, iar dacă acest acord parafat de respectivul mediator ar avea și putere juridică similară unei hotărâri judecătorești sau act notarial, constituind titlu executoriu, ar contribui substanțial la întărirea instituției medierii comerciale.

Este de la sine înțeles că un astfel de mediator nu poate să parcurgă o asemenea procedură doar prin facilitarea dialogului dintre părți. Legea românească nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, ar trebui amendată în așa fel încât justițiabilul să poată fi convins că un mediator autorizat va face toate demersurile și va aborda orice stil de mediere pe care îl consideră adecvat litigiului în cauză.

În litigiile comerciale, cel mai adecvat stil de mediere nu poate fi decât medierea evaluativă. Medierea evaluativă este considerată cea mai performantă abordare a procesului de mediere. Prestația mediatorului se apropie ca substanță de rolul judecătorului într-un litigiu soluționat de instanța statală. Mediatorul are un rol activ în analizarea conflictului și a ceea ce este necesar pentru soluționarea acestuia²⁸. Fiind concentrat pe substanța conflictului, mediatorul, în cadrul procesului analitic, caută să găsească soluții pentru ca respectivul conflict să poată fi rezolvat. După L.L. Riskin²⁹ evaluarea conflictului implică cel puțin trei activități: evaluarea puterii și a slăbiciunii părților; dezvoltarea și propunerea de opțiuni pentru rezolvarea cazului; prezicerea rezultatului pe care disputa l-ar avea în fața instanței de judecată, iar nu în cadrul medierii. Cu toate că o mediere evaluativă presupune ca mediatorul să aibă și cunoștințe juridice, literatura de specialitate

²⁸ L. Randolph Lowry, *Evaluative Mediation*, în Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem (edit.), *Divorce and Family Mediation, Models, Techniques, and Applications*, The Guilford Press, New York, Londra, 2004, pp. 73-74.

²⁹ L.L. Riskin, *op. cit.*, pp. 7-51.

remarcă faptul că există o multitudine de direcții pe care poate merge mediatorul pentru a înțelege, analiza și împărtăși o anumită opinie cu părțile³⁰. Astfel, mediatorul se poate concentra pe negocierea dintre părți, făcând o evaluare obiectivă și structurată a negocierii. În cadrul acestei direcții, mediatorul poate evalua dinamica dintre părți, mișcarea acestora în direcția adoptării unui acord negociat, poate identifica obstacolele care stau în calea succesului negocierii și poate aprecia și analiza contribuția și progresul părților la negociere.

O altă direcție ce poate fi aleasă de mediator constă în concentrarea pe comportamentul părților, atât în timpul negocierilor, cât și în afara acestora. Din această postură, mediatorul poate constata și analiza acele acțiuni sau comportamente necesare încheierii sau neîncheierii unui acord, dar mediatorul se va concentra numai pe acele acțiuni și atitudini care pot avea un impact pozitiv asupra unei medieri de succes. Apoi mediatorul se poate axa pe evaluarea priorităților părților și pe soluțiile propuse de acestea pentru rezolvarea conflictului³¹. Evaluarea mediatorului se poate axa și pe prioritățile sau pe planurile propuse de părți ca soluții pentru soluționarea conflictului, însă este dificil de aflat care ar fi prioritățile părților, iar planurile propuse de părți ar putea fi inaplicabile sau nedrepte.

Prin urmare, numai un mediator avizat și experimentat ar putea identifica și analiza un anumit plan, într-o manieră realistă și obiectivă, și nu subiectivă, cum ar fi tentația părților să-l impună.

Mai mult, evaluarea mediatorului se poate axa și pe alte alternative, în afara celor mediate prin negociere. În situația în care alternativa este mai atractivă decât acordul mediat, mediatorul trebuie să recomande și să încurajeze acordul propus și să analizeze pericolele care ar fi existat din acceptarea acordului, în termenii propuși.

Bibliografie selectivă

1. Bogasiu Gabriela, *Legea contenciosului administrativ*, comentată și adnotată, ed. a 4-a, rev. și adăug., Universul Juridic, București, 2018, p. 130, ISBN 978-606-39-0300-7.
2. Cărpenaru, Stanciu D., *Drept comercial român*, ed. a VII-a, rev. și adăug., Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 16.
3. Curtea Constituțională a României, decizia nr. 335 din 16 septembrie 2004, publicată în Monitorul Oficial al României nr. 955 din 19 octombrie 2004.
4. Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția comercială, decizia nr. 1152/2005, în extras în M. Tăbârcă, Gh. Buta, *Codul de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, pp. 1553-1554.

³⁰ L. Randolph Lowry, *op. cit.*, pp. 80-84.

³¹ *Idem*, pp. 80-84.

5. Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția comercială, decizia nr. 1194/2004, în extras în M. Tăbârcă, Gh. Buta, *op. cit.*, p. 1534. Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția comercială, decizia nr. 3239/2005, în Buletinul Casației 2006, nr. 2, p. 54.
6. L. Randolph Lowry, *Evaluative Mediation*, în Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem (edit.), *Divorce and Family Mediation, Models, Techniques, and Applications*, The Guilford Press, New York, Londra, 2004.
7. L.L. Riskin, *Understanding mediators, orientations, strategies and techniques: A grid for the perplexed*, Harvard Negotiation Law Review, nr.1, 1996.
8. <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/57426>.
9. <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/203218>.
10. <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/55794>.
11. <https://ro.wikipedia.org/wiki/HoReCa>.
12. <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/225876>.
13. <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/215925>.
14. <http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?id=339>.
15. https://www.anevar.ro/images/documente/standardele_de_evaluare_an_evar_2015_pt_site.pdf.
16. <https://lege5.ro/Gratuit/gu3dsojy/art-7-procedura-prealabila-lege-554-2004?dp=gi3damjtyzda>.
17. http://www.dreptonline.ro/legislatie/legea_202_2010_masuri_pentru_accelerarea_solutionarii_proceselor_mica_reforma_a_justitiei.php.
18. <https://lege5.ro/gratuit/gmzdmobzgq/art-193-procedura-prealabila-codu-l-de-procedura-civila?dp=gyzdcnzxgeydm>.
19. <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/178680>.
20. https://www.stiripesurse.ro/crestere-cu-10prc-a-numarului-de-insolvente-in-romania-acesta-fiind-cel-mai-semnificativ-avans-din-ultimii-5-ani_2257850.html.
21. <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/178680>.
22. https://www.stiripesurse.ro/crestere-cu-10prc-a-numarului-de-insolvente-in-romania-acesta-fiind-cel-mai-semnificativ-avans-din-ultimii-5-ani_2257850.html.
23. <https://www.juridice.ro/304477/bilantul-medierii-sub-1-din-toate-cazurile-din-uniunea-europeana.html>.
24. <https://www.avocatu.ro/romania-data-exemplu-negativ-privind-mediere-a-in-europa-starea-medierii-in-europa-la-10-ani-de-la-adoptarea-directivei-2008-52-ce/>.
25. <https://www.juridice.ro/668355/s-a-constituit-institutul-roman-de-drept-comercial.html>.