

CLAUDIU FLORINEL AUGUSTIN IGNAT

Curs de
MEDIERE
și
ARBITRAJ



EDITURA UNIVERSITARĂ
București, 2015

CUPRINS

CAPITOLUL I - MEDIEREA	9
1. Mijloace de soluționare a litigiilor prin mediere în România.....	9
2. Avantajele Medierii	17
2.1. Avantajele medierii pentru cetățean.....	17
2.2. Avantajele medierii pentru justițiabili.....	20
2.3. Avantajele medierii pentru practicienii dreptului....	25
2.4. Avantajele medierii pentru magistrați	28
3. Cadrul legal în materia medierii.....	30
4. Principiile Medierii	40
4.1. Caracterul voluntar sau benevol al procedurii de mediere.....	41
4.2. Auto-determinarea părților în mediere	42
4.3. Confidențialitatea procedurii.....	42
4.4. Principiul egalității părților și imparțialității din partea Mediatorului.....	44
4.5. Principiul neutralității	45
4.6. Principiul acceptabilității	46
4.7. Principiul informării prealabile a părților asupra procedurii.....	47
4.8. Nediscriminare	47
4.9. Conflictul de interese	47
5. Modele și stiluri de mediere transfrontalieră în domeniul familiei.....	48

6. Instrumente și metodologii speciale în materia medierii transfrontaliere în ceea ce privește răpirea de copii	50
7. Accesul la medierea transfrontalieră în materia răpirilor internaționale a copilului de către un părinte nerezident.	51
7.1. Condiția subiectivă	52
7.2. Condiții obiective.....	52
8. Acordul de mediere. Conținut. Caracterul executoriu. Conținutul deciziei instanței în cazul în care soluția este pronunțată pe baza unui acord de mediere.....	57
8.1. Acordul de mediere. Conținut	57
8.2. Caracterul executoriu al acordului de mediere.....	61
8.3. Conținutul deciziei instanței în cazul în care soluția este pronunțată pe baza unui acord de mediere	70
8.4. Concluzii	73
9. Mediatorul	74
10. Tipuri de mediatori	79
10.1. Condiții legale și profesionale.....	82
11. Procedura medierii.....	90
11.1. Informarea făcută de mediator	92
11.2. Informarea făcută de alte persoane decât mediatorii autorizați.....	93
11.3. Asistarea și reprezentarea părților în timpul procedurii de mediere.	98
11.4. Taxele de timbru	100
12. Închiderea medierii	101
12.1. Încheierea unei înțelegeri între părți în urma soluționării conflictului.....	102
12.2. Constatarea de către mediator a eșuării medierii	104
12.3. Depunerea/denunțarea contractului de mediere de către una dintre părți sau mediator	105

13. Contractul de pregătire a medierii	107
14. Contractul de mediere	108
15. Acordul de mediere	114
CAPITOLUL II - ARBITRAJUL	121
1. Arbitrajul ca instituție la granița dintre modalitățile alternative necontencioase și contenciosul administrativ	121
1.1. Obiectul și organizarea arbitrajului în lumina noilor modificări legislative.....	121
1.2. Arbitrajul ad-hoc	126
1.3. Avantajele arbitrajului ad-hoc	128
1.4. Concluzii	130
2. Condiții speciale ale convenției arbitrale în raporturile administrative	131
2.1. Convenția arbitrală.....	131
2.2. Încetarea convenției arbitrale.....	134
3. Procedura de arbitraj. Particularități	135
3.1. Celeritatea și caducitatea.....	135
3.2. Sesizarea tribunalului arbitral	135
3.3. Judecata.....	137
3.4. Caracteristicile și efectele hotărârii arbitrale.....	140
4. Arbitrajul instituționalizat	144
4.1. Noțiune.....	144
4.2. Avantajele arbitrajului instituționalizat	146
4.3. Dezavantajele arbitrajului instituționalizat.....	147
4.4. Convenția pentru conciliere și arbitraj din cadrul OSCE	148
4.5. Instituția arbitrajului în alte state europene.....	149
4.6. Scurte concluzii de capitol	152
BIBLIOGRAFIE	200

CAPITOLUL I

MEDIERA

1. Mijloace de soluționare a litigiilor prin mediere în România

„Medierea este un proces elaborat în care părțile aflate în conflict au ocazia să-și exprime dorințele, nevoile, aspirațiile, așteptările și interesele, ajutând totodată la reflecția individului și a grupului, în scopul luării deciziei cele mai satisfăcătoare pentru ele însele.”¹

Procedura medierii fiind o procedură necontencioasă, extrajudiciară, putem defini medierea ca fiind o procedură voluntară necontencioasă, o modalitate alternativă de stingere a litigiilor, cu ajutorul unei terțe persoane, neutre și imparțiale, fără putere de decizie – mediatorul, care este calificată să asiste părțile să negocieze, facilitând comunicarea dintre ele și ajutându-le să ajungă la o înțelegere unanim acceptată, eficientă și durabilă, în condiții de confidențialitate.

Medierea poate fi numai voluntară, aspect care ține de esența procedurii. Caracterul voluntar (ce derivă din reglementările legislative, dar și din principiile medierii) al recurgerii la mediere se manifestă doar atunci când aceasta

¹ Claudiu Ignat, Zeno Șuștac, Cristi Danileț, *Ghid de Mediere*, Editura Universitară, 2010

este recomandată de instanță, și nu numai, persoanele fizice sau juridice aflate în conflict pot alege de comun acord să-și soluționeze litigiul pe calea medierii.

Medierea nu poate fi impusă părților, însă poate fi prevăzută cu titlu gratuit de lege în anumite cazuri, situație în care părțile pot alege să recurgă la această procedură tot în mod voluntar.

Caracterul voluntar al medierii semnifică libertatea părților de a recurge la această procedură în vederea soluționării conflictului dintre ele, în condițiile legii. Pentru a asigura un acces voluntar, s-a prevăzut obligativitatea în sarcina mediatorului de a informa părțile cu privire la procedură înainte de a recurge la aceasta. Această obligativitate, decurge din însăși principiului „informării părților cu privire la procedura medierii”, mediatorul explicând în detaliu procedura și tehnicile de comunicare și negociere pe care le va utiliza în timpul medierii.

Un aspect important pentru recurgerea voluntară la mediere îl constituie și suspendarea termenului de prescripție al dreptului la acțiune pentru dreptul dedus medierii.

În doctrină există curente de opinie care împărtășesc ideea că medierea, indiferent în ce fază a litigiului este utilizată, dar mai ales dacă este utilizată înaintea fazei procesuale, nu ar întrerupe cursul prescripției extinctive și că acesta ar curge indiferent de durata procedurii de mediere.

Cum în doctrina, dar și în practica judiciară parerile sunt împărțite, opinăm ca recurgerea la procedurii înainte fazei procesuale să se facă înăuntrul termenului de prescripție a dreptului la acțiune, astfel ca părțile în caz de eșec al procedurii de mediere să se poată adresa instanței

juducătorești în realizarea sau respectarea dreptului încălcat sau pretins.

Fără suspendarea termenului de prescripție, părțile nu ar putea apela la aceasta în mod voluntar fiindcă nu ar avea garanția posibilității de a recurge, în caz de eșec a medierii la judecată. S-ar putea afirma că această prevedere este și o garanție a faptului că medierea nu exclude judecata.

Medierea facultativă și medierea obligatorie sunt un prim tip de mediere, după cum legea prevede medierea ca pe o procedură obligatorie sau nu². Prin reglementarea posibilității recurgerii la mediere atât înaintea cât și după declanșarea unui proces, legiuitorul lasă la latitudinea părților aflate în conflict să aleagă în deplină cunoștință de cauză momentul în care decid să soluționeze litigiul și altfel decât prin mult uzatul și clasicul proces în instanță.

Opinăm ca prin mediere judiciară, înțelegem medierea care are loc în cursul desfășurării unui proces în fața unei instanțe judecătorești sau arbitrale, în urma dorinței părților expres și unanim exprimată și/ sau la recomandarea instanței de judecată.

Medierea extrajudiciară, ca și procedură necontencioasă, se desfășoară independent de un proces judiciar sau arbitral, chiar și în cursul desfășurării unei alte proceduri nejurisdicționale de soluționare a conflictelor.

Însă ceea ce deosebește cele două feluri de mediere nu este procedura propriu-zisă a acesteia, ci faptul că intervin în afara sau în cadrul desfășurării unui proces.

Întrucât legea medierii nu distinge, precum și reglementările dreptului general și special nu disting nici

² Flavius George Păncescu, *Legea medierii. Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 21.

ele, ar trebui lămurit dacă procedura medierii poate fi utilizată și după stingerea procesului.

În opinia noastră, deși nu este o opinie singulară, dar mai ales din practica, atunci când părțile sunt nemulțumite de soluția instanței de judecată (în cazul în care justițiabilii deși sunt în fața unei hotărâri judecătorești irevocabile, nu pot sau nu vor să o pună în executare, întrucât modul de împărțire al bunurilor mobile și imobile, deși corect, nemulțumește), au posibilitatea să recurgă la procedura medierii, să reîmpartă bunurile conform propriei voințe, declarând expres că renunță la drepturile consfințite prin hotărâre judecătorească, și că înțeleg că noile drepturi și întinderea acestora să fie consfințite prin acordul de mediere încheiat în procedura de mediere.

Deși este o opinie controversată, în practică acest gen de soluție și-a găsit aplicabilitatea, iar părțile au ales să decidă în cunoștință de cauză cu privire la soluția pe care doreau să o adopte, bazându-se în principal pe necesitățile și pe particularitățile acestora.

În afară de cazul în care prin judecată nu este soluționat conflictul, medierea ar mai putea fi utilizată și în cazul executării silite, dată fiind posibilitatea căutării unor soluții reciproc convenabile și în această fază a procesului. De asemenea, medierea are utilitate și după încheierea procesului în conflictele în care factorul emoțional este foarte important, în special în litigiile civile de dreptul familiei, acolo unde relațiile de familie sunt foarte importante, iar atenuarea conflictului este un factor determinant în stabilirea relațiilor viitoare mai ales când în conflict sunt implicați minori. Este foarte important ca interesul major al minorului să fie protejat și ca pe viitor conflictul dintre părinți să fie atenuat dacă nu stins prin procedura medierii.

De asemenea medierea începe să joace un rol în rezolvarea conflictelor de mediu datorită impactului provocat de problemele de mediu asupra opiniei publice, de o puternică încărcătură emoțională. În acest domeniu, medierea poate fi utilizată mai ales în cazul în care conflictul trebuie soluționat rapid ori sunt un număr mare de părți implicate³.

Nu trebuie scăpat din vedere nici faptul că, în unele cazuri, tranzacția nu poate fi încheiată după proces, indiferent de natura acestuia, prin urmare nu poate fi utilizată nici procedura medierii după încheierea procesului. Medierea are un câmp de aplicare mult mai larg, care uneori este diferit decât competența generală, materială și teritorială a instanțelor, de aceea sfera ei nu trebuie să fie restrânsă doar la litigiile ce pot face obiectul unei judecăți.

În cazul medierii convenționale recurgerea la acest mijloc este lăsată convenției părților, în timp ce la medierea legală trimiterea este făcută de lege. Medierea poate oferi soluții pentru conflicte ce pot apărea în cele mai diverse materii. Dacă la începuturile sale medierea își găsea aplicarea în câteva materii determinate, astăzi se constată o extindere spre domenii care până nu demult erau rezervate justiției statale. Legea enumeră cu titlu exemplificativ unele materii în care medierea poate fi o soluție la conflictul părților, cum ar fi ramura civilă, comercială, de familie, penală. Enumerarea nu este enunțiativă, lăsând loc și conflictelor din alte materii prevăzute de alte acte normative. Pe lângă aceste de lege, medierea este aplicabilă și acolo unde prevederile legale fac trimitere la rezolvarea

³ Flavius George Păncescu, *Legea medierii. Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 22.

pe cale amiabilă a cauzelor⁴. Singura restricție expresă privește conflictele de muncă. Practic, medierea este exercitabilă în toate domeniile mai puțin în cele interzise în mod expres de lege sau unde se opune ordinea publică.⁵

Dintre materiile enumerate de lege, medierea se impune cu precădere în soluționarea conflictelor, precum:

⁴ Flavius George Păncescu, *Legea medierii. Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 24

⁵ ART. 60, L 192/2006

(1) În litigiile ce pot face, potrivit legii, obiect al medierii sau al altei forme alternative de soluționare a conflictelor, părțile și/sau partea interesată, după caz, sunt ținute să facă dovada că au participat la ședința de informare cu privire la avantajele medierii, în următoarele materii:

a) în domeniul protecției consumatorilor, când consumatorul invocă existența unui prejudiciu ca urmare a achiziționării unui produs sau unui serviciu defectuos, a nerespectării clauzelor contractuale ori garanțiilor acordate, a existenței unor clauze abuzive cuprinse în contractele încheiate între consumatori și operatorii economici ori a încălcării altor drepturi prevăzute în legislația națională sau a Uniunii Europene în domeniul protecției consumatorilor;

b) în materia dreptului familiei, în situațiile prevăzute la art. 64;

c) în domeniul litigiilor privind posesia, grănițuirea, strămutarea de hotare, precum și în orice alte litigii care privesc raporturile de vecinătate;

d) în domeniul răspunderii profesionale în care poate fi angajată răspunderea profesională, respectiv cauzele de malpraxis, în măsura în care prin legi speciale nu este prevăzută o altă procedură;

e) în litigiile de muncă izvorâte din încheierea, executarea și încetarea contractelor individuale de muncă;

f) în litigiile civile a căror valoare este sub 50.000 lei, cu excepția litigiilor în care s-a pronunțat o hotărâre executorie de deschidere a procedurii de insolvență, a acțiunilor referitoare la registrul comerțului și a cazurilor în care părțile aleg să recurgă la procedura prevăzută la art. 1.013 - 1.024 sau la cea prevăzută la art. 1.025 - 1.032 din Legea nr. 134/2010, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

- Diferendele comerciale cu privire la întinderea și executarea clauzelor contractuale, sau a litigiilor între profesioniști așa cum sunt ele reglementate mai nou de către Noul Cod de Procedură Civilă,

- Conflictele privind drepturile de proprietate intelectuală;

- Conflictele privind răspunderea delictuală, respectiv acoperirea prejudiciului sau suportarea riscurilor în domeniul asigurărilor, cazurile de malpraxis;

- Conflictele de natură civilă;

- Conflictele de natură penală, în special în plângerile prealabile dar și latura civilă a proceselor penale, prin care se urmărește stingerea pagubelor produse de către infracțiune, prin recuperarea bunurilor furate, repunerea în drepturi, etc.

În afară de materiile enunțate de lege, prezintă interes a se cunoaște posibilitatea exercitării medierii și în alte domenii. O primă materie examinată este cea administrativă deoarece în domeniul administrativ medierea conflictelor dintre persoanele fizice sau juridice și autoritățile publice este limitată la câmpul foarte restrâns impus de ordinea publică și de lege, în care autorităților publice le este permis să dispună de drepturile lor prin convenție⁶. Se poate recurge la mediere în materie fiscală, acolo unde este permisă, precum acordarea de înlesniri debitorilor, în care s-a admis posibilitatea exercitării medierii atât în procedura administrativă prealabilă, cât și în faza judecătii sau, ulterior cu ocazia executării silite⁷.

⁶ Flavius George Păncescu, *Legea medierii. Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 25.

⁷ Flavius George Păncescu, *Legea medierii. Comentarii și explicații*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 27.

Medierea în România este organizată pe baza Legii medierii, care prevede că mediatorii pot oferi sprijin curților, procurorilor și altor instituții care vor să includă medierea în activitatea lor. Astfel, medierea în România este abordare nouă și cetățenii sunt slab informați despre această metodă alternativă de rezolvare a disputelor. Este neclar cine poartă responsabilitatea educării cetățenilor pentru acceptarea utilizării medierii ca o soluție alternativă pentru litigii. Consiliul poate dezvolta strategii și identifica resurse umane printre mediatorii care să facă materiale educaționale de promovare, dar este nevoie de implicarea instituțiilor publice pentru a stabili o strategie clară în practică.

Deși directivele sugerează asigurarea de fonduri publice pentru a educa cetățenii și a forma mediatorii, legislația românească nu a arătat o responsabilitate clară pentru instituții în privința acestui aspect. Ministerul Muncii a invitat Consiliul Medierii să lucreze împreună pentru a organiza activitatea de mediere în domeniul muncii și a conflictelor de muncă. Este clar faptul că mediatorii specializați în acest domeniu ar trebui să fie mai bine pregătiți, cel puțin în ce privește cadrul legal al muncii. Rămâne de văzut dacă Ministerul Muncii primește fonduri pentru implementarea acestui proiect.

Similar este faptul că Ministerul Educației este interesat să dezvolte medierea în ceea ce privește conflictele școlare. Să sperăm că inițiativa va deveni un exemplu ce trebuie încurajat progresiv printre celelalte instituții publice și private în ceea ce privește beneficiile utilizării medierii⁸.

⁸ Giuseppe de Palo, Mary B. Trevor, *EU Mediation. Law and practice*, Editura Oxford, 2012, p. 302.

2. Avantajele Medierii

„Rolul activ al administrației publice. Administrația publică este obligată prin scopul fundamental al constituirii și funcționării sale să manifeste inițiativă în realizarea misiunilor sale fundamentale. Ea va trebui să slujească omul, cetățeanul și nevoile fundamentale ale acestuia, și să asigure satisfacerea interesului general al colectivității umane.”⁹

2.1. Avantajele medierii pentru cetățean

Avantajele pe care le presupune folosirea instituției medierii în soluționarea divergențelor dintre cetățean și administrația publică fie ea locală sau centrală se poate raporta la trei paliere:

Palierul procedurii prelabile anterioară contenciosului administrativ,

Palierul economiei de timp și de resurse,

Palierul gradului de satisfacție cu privire la soluție,

Medierea poate fi folosită ca și procedură prelabilă, procedură prin care un cetățean nemulțumit de către un act emis de către administrația publică, act față de care acesta este nemulțumit.

Orice act administrativ poate fi atacat de cel care se consideră nemulțumit sau vătămat în drepturi prin emiterea acestuia de către administrația publică.¹⁰

⁹ Bălan Emil, Procedura Administrativă, Editura Universitară, București, 2005, pag.63, op.citat

¹⁰ LEGE Nr. 554 din 2 decembrie 2004, Legea contenciosului administrativ, ART. 7, Procedura prelabilă

(1) Înainte de a se adresa instanței de contencios administrativ competente, persoana care se consideră vătămată într-un drept al său

Procedura contencioasă de anulare a acestuia presupune o etapă preliminară, etapă fără de care procedura contencioasă poate rămâne fără obiect, așa cum prevede art. 7, din legea 554 din 2 decembrie 2004, Legea contenciosului administrativ, actualizată și republicată.¹¹

Această fază premergătoare sau procedură prealabilă așa cum este ea și este prevăzută de Legea 554/2004¹², legea contenciosului administrativ, este obligatorie, iar cetățeanul vătămat în drepturile sale este să petiționeze instituția care a emis actul administrativ față de care acesta este nemulțumit. Acest drept se numește Dreptul de Petiționare și este atributul fiecărui cetățean fiind garantat

ori într-un interes legitim printr-un act administrativ individual trebuie să solicite autorității publice emitente sau autorității ierarhice superioare, dacă aceasta există, în termen de 30 de zile de la data comunicării actului, revocarea, în tot sau în parte, a acestuia.

¹¹ LEGE Nr. 554 din 2 decembrie 2004, Legea contenciosului administrative suferit o serie de modificări prin următoarele acte normative: *Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 190/2005, Legea nr. 86/2006, Decizia Curții Constituționale nr. 647/2006, Decizia Curții Constituționale nr. 65/2007, Legea nr. 262/2007, Decizia Curții Constituționale nr. 660/2007, Legea nr. 269/2007, Decizia Curții Constituționale nr. 797/2007*

Rectificarea publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 751 din 6 noiembrie 2007, Legea nr. 97/2008, Legea nr. 100/2008, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 19/2009, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 75/2010, Legea nr. 202/2010, Decizia Curții Constituționale nr. 1609/2010, Decizia Curții Constituționale nr. 302/2011, Legea nr. 149/2011, Legea nr. 299/2011, declarată neconstituțională prin Decizia Curții Constituționale nr. 1039/2012, Legea nr. 76/2012, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 44/2012, Ordonanța Guvernului nr. 23/2012, Legea nr. 187/2012, Decizia Curții Constituționale nr. 1039/2012, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 4/2013, Legea nr. 2/2013, Decizia Curții Constituționale nr. 459/2014, Legea nr. 138/2014*

¹² Legea 554/2004, legea contenciosului administrativ

chiar de legea fundamentală a statului, în speță Constituția României, art. 51.¹³

Această petiție, cu acordul persoanei interesate dar și cu acordul instituției administrației care a emis actul administrativ, poate fi dublată de încercarea de soluționare amiabilă prin ajungerea la un acord ca urmare a parcurgerii procedurii de mediere.

În cadrul procedurii de mediere, instituția administrației poate să dezvolte motivele care au dus la elaborarea și emiterea actului administrativ, iar cetățeanul își poate expune motivele pentru care este nemulțumit de acesta, precum și drepturile pe care cetățeanul consideră că i-au fost încălcate.

În cazul în care părțile ca urmare a procedurii au înțeles care au fost adevăratele motive cu privire la emiterea actului administrativ dar și cu privire la drepturile care au fost încălcate au două posibilități: fie să ajungă la o înțelegere și actul administrativ să fie anulat în totalitate sau modificat în parte, fie să nu se ajungă la o înțelegere iar procedura contencioasă să-și parcurgă etapele preliminare până la instanța de contencios administrativ și fiscal.

Petițiile trebuiesc transmise într-un anumit timp¹⁴, ceea ce duce la pierderea de timp și nemulțumirea cetățeanului. Apelând la procedura medierii, nu numai că prescripția petiționării nu este întreruptă dar timpul soluționării acesteia poate fi semnificativ scurtat.

Atunci când procedura medierii este folosită și se ajunge la o înțelegere între cetățean și administrația publică

¹³ Bălan Emil, Procedura Administrativă, Editura Universitară, București, 2005, pag.106-107,

¹⁴ Bălan Emil, Procedura Administrativă, Editura Universitară, București, 2005, pag.109

locală sau centrală, se face economie de timp și de resurse ce puteau fi investite în procedura contencioasă de anulare a actului administrativ.

Toată procedura contencioasă, atât procedura prealabilă cât și procedura în fața instanței, este cronofagă și poate dura de la câteva luni până la câțiva ani. Apelând la procedura medierii toată această procedură poate fi scurtată până la câteva ore maxim zile, pe cale de consecință resursele investite de către cetățean sun minime ele fiind invers proporționale cu timpul pe care acesta îl petrece încercând să soluționeze această doleanță.

În condițiile în care diferendul dintre cetățean și administrația publică a fost soluționat prin procedura medierii gradul de satisfacție al cetățeanului cu privire la o bună administrare crește direct proporțional cu rapiditatea soluției și a timpului petrecut în mediere.

2.2. Avantajele medierii pentru justițiabili

Medierea este mai puțin stresantă și costisitoare decât abordarea căii litigioase, cale tradițională de soluționare a conflictelor în societatea românească. Bazându-se în principal pe principiul “ win-win ”, medierea nu transformă niciuna dintre părți în învins sau învingător, toate părțile implicate având o pondere importantă în alegerea soluției care este negociată în mod direct și unanim acceptată, atât în ceea ce privește termenii cât și în ceea ce privește modalitatea de implementare a aceștia.

Procedura medierii dincolo de "economie de stres, timp resurse materiale", oferă părților direct implicate următoarele beneficii concrete:

Fixarea datei și a orei la care are loc ședința de mediere, care poate fi stabilită de către părți în funcție de