

MEDIEREA ÎN LITIGII DE NATURĂ COMERCIALĂ - O SOLUȚIE ÎN IMPLEMENTAREA DIRECTIVEI UE 2019/1023 A PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI A CONSILIULUI DIN 20 Iunie 2019 PRIVIND CADRELE DE RESTRUCTURARE PREVENTIVE

Cons. jur. drd. Constantin MIHALESCU
Institutul de Cercetări Juridice, Politice și Sociologice al
Academiei de Științe a Moldovei

Abstract

Mediation has represented and represents an alternative for state justice that impartially solves a conflict between two parties. Mediation used to exist from the early times of the civilization, and in the form we see it nowadays appeared in Europe '90s through the American way, as through Directive CE/52/2008 of the European Parliament, all the Member States needed to take steps in including the mediation in civil and commercial cases where issues appear most frequently related to the parties' affiliation to different and cross-border legal systems. In Romania, the mediation institution operates based on Law no. 196/2006 in regards to mediation and mediator profession, and at this moment this legal institution is almost inoperable. The current economic crisis caused by the pandemic period could be more easily overcome if the procedure on mediation in commercial disputes will be adapted, being a type of special mediation, since the mediator is required to possess certain knowledge and qualities specific to this field. Therefore, I consider that the specific legislation is insufficiently covered, and in the current economic context it would be a real help for the institution of commercial mediation to find its place in the draft law on the transposition of EU Directive 2019/1023 and in the draft law on the adoption of the future Commercial Code.

Keywords: mediator, conflict, commercial code, restructuring plan, EU Directive 2019/1023, dispute, mediation, negotiation, mediation law, commercial mediation.

Introducere

Analizând retrospectiv concluziile referitoare la importanța dreptului comercial în societatea contemporană, ale regretatului profesor Stanciu D. Cărpenaru, în lucrarea *Drept comercial român*¹, care considera că „Dreptul comercial, ca un drept particular și ca subramură a dreptului privat, trebuie să își găsească izvorul în Codul comercial

¹ St.D. Cărpenaru, *Drept comercial român*, ed. a VII-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 16.

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”, ne putem da seama de viziunea, actualitatea și de acuratețea celor semnalate.

Nu împărtășim și nu se cunosc în totalitate rațiunile pentru care decidenții politici nu au luat în considerare opiniile specialiștilor în legislație comercială, cum ar fi aceea a reputatului profesor, și s-a inclus legislația comercială în Noul Cod civil², generând astfel, prin efectul acestei abordări, un regres în ceea ce privește problematica comercială, efect resimțit din plin de societatea noastră.

Viitoarele crize economice, care se previzionează că vor apărea cât mai curând, vor captura cu siguranță întreaga agendă publică, iar problematica comercială va capta, la rândul ei, interesul actorilor comerciali, care vor asalta și forța limitele fragile ale reglementărilor comerciale incluse în Noul Cod civil.

După cum arătau și participanții la Conferința „Valul IV va fi un val de insolvențe”³, următorul val de nenorociri care se va abate curând asupra Europei și, implicit, asupra României va fi mai periculos decât prezumtivul val IV de COVID-19 și va consta, în mod sigur, într-un val IV de insolvențe, previzionat deja de Comitetul European pentru Risc Sistemic⁴ (European Systemic Risk Board – CERS) și BCE.

Prin cuvântul de deschidere, președintele Institutului Român de Drept Comercial, profesorul universitar doctor Gheorghe Piperea, a calificat această posibilă viitoare criză economică drept un „tsunami” devastator pentru firme.

Pe parcursul celor două zile (1-2 iulie 2021), organizatorii și invitații acestei conferințe (Institutul Român de Drept Comercial în parteneriat cu Piperea & Asociații, Romlsolv și Universitatea Transilvania din Brașov), prin luările de cuvânt, direct sau indirect, au susținut această posibilitate.

Indiscutabil, posibilitatea dată ca sigură, cu argumente solide, de către participanții la conferință, precum și acalmia dinaintea furtunii, sesizată deja de actorii din piața afacerilor autohtone și nu numai, va genera, cum este și firesc, în prima fază un val „tsunami” de conflicte de natură comercială.

Aceste conflicte nu vor putea fi soluționate decât extrajudiciar și judiciar. Extrajudiciar pot fi soluționate rapid prin negociere, mediere și arbitraj. Calea 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.

În fața iminenței acestor valuri de conflicte comerciale, va fi de preferat ca acestea să se soluționeze cu celeritate, pe cale amiabilă, cu costuri reduse și grad

² <http://www.imliasi.ro/noul-cod-civil.pdf>.

³ <https://www.piperea.ro/articol/conferinta-valul-iv-va-fi-un-val-de-insolvente/>.

⁴ <https://www.esrb.europa.eu/about/html/index.ro.html>.

mare de a fi respectate înțelegerile ce vor fi încheiate. După părerea noastră, instituția juridică capabilă să gestioneze cu șanse această viitoare criză economică 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 mediator⁵, 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 Comercial⁶, iar mediatorii specializați în litigii comerciale să poată prelua cu succes o parte din competențele de negociere și mediere generate de transpunerea în legislația românească a Directivei UE 2019/1023 a Parlamentului European și a Consiliului din 20 iunie 2019 privind cadrele de restructurare preventivă⁷, remiterea de datorie și decăderile, precum și măsurile de sporire a eficienței procedurilor de restructurare, de insolvență și de remitere de datorie și de modificare a Directivei (UE) 2017/1132 (Directiva privind restructurarea și insolvența).

Practicianul în domeniul restructurării

Se pare că Directiva UE 2019/1023 privind cadrele de restructurare preventivă a creat numeroase dezbateri în rândul practicienilor dreptului, dar mai ales în rândul practicienilor în insolvență. Transpunerea directivei în dreptul intern presupune modificări ale cadrului legislativ aplicabil procedurilor de pre-insolvență și de insolvență, și care ar putea consta în instituirea unor proceduri de restructurare preventivă ce pot fi inițiate și de creditorii, inclusiv de angajați (salariați).

Directiva mai creează și posibilitatea ca anumite cadre de restructurare preventivă să poată fi derulate fără implicarea sistemului judiciar sau a unui practician în domeniul restructurării.

Mai mult, profesia de practician de restructurare „trebuie să fie distinctă de cea de practician de insolvență”, potrivit doamnei Speranța Munteanu, fost președinte și actual membru de onoare al Turnaround Management Association (TMA)⁸.

⁵ <https://legeaz.net/legea-medierii-192-2006/>.

⁶ <https://www.juridice.ro/668355/s-a-constituit-institutul-roman-de-drept-comercial.html>.

⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:32019L1023>.

⁸ <https://www.bursa.ro/videoconferinta-codul-insolventei-speranta-munteanu-presedinte-de-onoare-tma-vrem-ca-profesia-de-practician-de-restructurare-sa-fie-distincta-de-cea-de-practician-de-insolventa-08047245>.

Profilul practicianului care face restructurare este diferit față de profilul practicianului în insolvență. Practica europeană, potrivit doamnei Speranța Munteanu, „Dacă este să ne uităm la practici în care putem să avem încredere, sunt multe țări europene care au ținut această profesiune distinctă în primul rând pentru că ele sunt practici – insolvența și falimentul – venite din vechime și neîntrerupte barbar de comuniști cum a fost la noi. (...) Atunci când au intervenit timpurile moderne, restructurările financiare au fost realizate înafara instanței, de aici și nevoia Directivei care să alinieze în UE modul în care creăm cadre de restructurare de preinsolvență. Treptat au introdus acești practicieni dar fiind ca niște persoane nereglementate. Francezii și englezii au practicienii de restructurare reglementați de mult timp, în timp ce restul continentului, la vremea când noi ne organizăm și am introdus cele două profesii, aveau doar avocați”. Continuând șirul exemplelor autoarea arată că: „În Olanda, nu este exclus ca această persoană să fie practician în insolvență. El trebuie, în schimb, să fie independent, o persoană cu ample cunoștințe de corporate finance, de management al finanțelor și activității corporațiilor și să înțeleagă legea insolvenței. Spun olandezii. Mai mult decât atât, trebuie să aibă o mare experiență în restructurarea datoriilor. În cazul în care această procedură de preinsolvență este transfrontalieră, practicianul de insolvență dintr-o țară trebuie să fie recunoscut ca fiind practician de restructurare la ei. Asta au spus olandezii. Ce spun nemții: că acea persoană poate sau nu să fie practician de insolvență, poate să aibă experiență în insolvență și în aspecte de restructurare cum ar fi să înțeleagă consultanța fiscală, elementele de audit și elementele de consultanță financiară. Acea persoană care trebuie să aibă una din aceste calificări ca să poată să fie practician. Polonezii, care încă din 2016 au o clasă a practicienilor, a lichidatorilor, au creat o profesie distinctă de practicieni în restructurare. Eu spun că ceea ce vine și ne aduce diferit, în fața privirii, această preinsolvență și directiva, citind expunerea de motive pe care Ministerul (Justiției) a prezentat-o în consultare publică... se constată că în România, firmele apelează 3-4 ani prea târziu la proceduri. Aș spune că deși nu am găsit care sunt principalele obiective pe care ni le punem noi, în România, la implementarea directivei, important este să venim cu niște proceduri care să aducă cu 3-4 ani mai devreme companiile în dificultate într-o procedură sistematizată”.

Așadar, transpunerea Directivei în dreptul intern presupune activități de cercetare și studiere comparativă a legislațiilor europene în domeniul restructurării, consultări cu entități naționale interesate în implementarea proiectului de lege de transpunere și redactarea proiectului de lege de transpunere care urmează ulterior să fie aprobat de Guvern și adoptat de către Parlamentul României. În acest timp, proiectul de lege este în dezbatere publică, iar mediul de afaceri ar trebui să recepteze instrumentele de redresare oferite de implementarea Directivei.

În acest context, considerăm că nici mediatorii nu ar trebui să stea în expectativă, valul al IV-lea de conflicte ar putea periclita existența celor aproximativ 500 mii de IMM, PFA, II etc., dintre care unele sunt deja puternic afectate de actuala criză pandemică. Situația ce va fi creată ar putea oferi un câmp imens de manifestare a

procedurilor de mediere comercială, iar multe dintre aceste entități comerciale ar putea fi salvate și cu sprijinul mediatorilor autorizați și specializați în litigii comerciale.

Potrivit unor surse credibile din mediul de afaceri, aproximativ 80% dintre IMM-urile românești sunt „calificate” deja pentru pre insolvență. Este de notorietate deja faptul că industria HORECA este în colaps, muncitorii necalificați din agricultură lucrează pentru mai mulți bani câmpurile din țările vestice în timp ce în țară fermierii se plâng de lipsa forței de muncă, de faptul că supermarketurile oferă prețuri derizorii sau invocă faptul că au contracte de import⁹ mai avantajoase, iar firmele de construcții sunt nevoite să apeleze la muncitori asiatici.

Preconizata Directivă UE 633/2019, care reglementează practicile comerciale neloiale¹⁰, aplaudată deja de adepții consumerismului, ce va fi transpusă în curând în legislația națională și care are ca scop interzicerea în UE până la 16 practici comerciale neloiale impuse în mod unilateral de un partener comercial, în speță de supermarketuri, cum ar fi: plățile întârziate în cazul produselor perisabile, anulările în ultimul minut ale comenzilor, modificările unilaterale sau retroactive ale contractelor, obligarea furnizorului la plata produselor irosite etc., nu mai poate reda speranța antreprenorilor români care activează în agricultură, supermarketurile găsind o cale perversă de a pătrunde cu produsele de import chiar pe ulițele satelor recent asfaltate, profitând de faptul că tinerii agricultori sunt plecați la muncă, de regulă în agricultură, în țările vestice.

Scopul declarat al implementării Directivei UE 2019/1023, adică cel de avertizare timpurie a firmelor în privința dificultăților ce se prefigurează a apărea din diferite cauze, și nu doar din dificultate financiară (contracte, probleme personale, context economic, întărirea artificială a leului etc.), va fi de bun augur, o firmă în proces de restructurare are 96% șanse să eșueze în faliment. Falimentul nu este de dorit, întrucât se pierd multe locuri de muncă, atât în aval, cât și în amonte, iar IMM-urile sunt cureaua de transmisie a oricărei economii naționale.

Noua procedură propusă în transpunerea Directivei are în vedere găsirea unui răspuns la nevoia mediului de afaceri de a avea un mecanism de negociere cu un grad sporit de confidențialitate și cât mai simplu. Această cerință ar putea fi îndeplinită cu succes de către mediatorii specializați în litigii comerciale întrucât un acord de restructurare preventivă mediat are mai multe șanse de a fi respectat și va permite debitorului împreună cu practicianul în restructurare sau insolvență să solicite instanței confirmarea acestuia.

Flexibilitatea unui astfel de acord mediat de restructurare și adaptat la specificul fiecărui debitor și a masei sale credale ar trebui să se reflecte atât în etapa negocierilor, cât și în etapa executării planului, a cărui durată să poată fi negociată.

⁹ https://agrointel.ro/192916/ministrul-supermarketurilor/?fbclid=IwAR2ZEPudsJlCFE-NL_HYbYsw9reyOx-2qly2jDmAuKbULBbR2BuC5LI3qK0.

¹⁰ https://www.economica.net/problema-practicilor-comerciale-neloiale-din-industria-alimentara-revine-in-discu-ie-ministerul-lucreaza-la-transpunerea-directivei-ue_185045.html.

În cazul IMM-urilor, unanimitatea voturilor creditorilor afectați poate conduce la soluția integral extrajudiciară, planul astfel aprobat de creditor și avizat de un practician în insolvență poate produce efectele specifice unui acord de restructurare.

Această procedură simplificată pretabilă pentru micile afaceri reprezintă un instrument ușor de utilizat, iar un mediator specializat în litigii comerciale echipat cu instrumentele juridice corespunzătoare, adică dacă i s-ar da și mediatorului abilitatea de avizare a planului, ar putea implementa cu succes un astfel de plan de restructurare. Indiferent de soluția aleasă de legiuitor, împrejurarea că pe tot parcursul procesului de realizare a planului de restructurare se face vorbire de negociere și mediere, ajutorul dat de un mediator specializat este binevenit.

Directiva recomandă statelor membre aplicarea aceleiași proceduri de insolvență, pe de o parte, pentru toate categoriile de debitori, fie că sunt profesioniști sau simpli particulari, iar, pe de altă parte, pentru toate datoriile sale civile sau rezultate din exploatarea unei întreprinderi¹¹. În caz de concurs între datorii rezultate din exploatarea unei întreprinderi și cele ale activității cotidiene ale unei persoane fizice „care nu pot fi separate într-un mod rezonabil, Legea 85/2014 le va reglementa în insolvența profesionistului astfel încât descărcarea de obligații să poată fi obținută, cu scopul de a acorda debitorului onest o a doua șansă. (art. 3 alin. 2 și 3 din Lege)”¹².

Concluzii

Pentru o mai bună contracarare a fenomenului de criză economică care va cuprinde întreaga Uniune Europeană ca urmare a sistării ajutoarelor de stat din pandemie, ajutoare care au depășit în acest an 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 UE¹³” și prezentat în cadrul Comisiei pentru Afaceri Juridice a Parlamentului European în data de 20 ianuarie 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”.

¹¹ <https://www.juridice.ro/727111/transpunerea-directivei-ue-2019-1023-provocari-pentru-perioada-de-reorganizare.html>.

¹² *Ibidem*.

¹³ <https://www.juridice.ro/304477/bilantul-medierii-sub-1-din-toate-cazurile-din-uniunea-europeana.html>.

În Raportul privind starea medierii în statele membre, publicat în data de 21 noiembrie 2018 de Parlamentul European¹⁴, 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 Comercial¹⁵, care are ca principale obiective: „*realizarea cercetării științifice în domeniul dreptului comercial și a materiilor conexe dreptului comercial; încurajarea și facilitarea dezbatelor 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 oricăror 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 este recomandat a media litigiile civile cum ar fi acelea dintre administratorii asociațiilor de locatari și locatarii vârstnici pauperizați și cu tendințe depresive, în care rolul unui astfel de mediator este foarte apreciat datorită prestigiului câștigat de „*doctor al sufletului*”.

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 părți¹⁶.

¹⁴ <https://www.avocatu.ro/romania-data-exemplu-negativ-privind-mediarea-in-europa-starea-medierii-in-europa-la-10-ani-de-la-adoptarea-directivei-2008-52-ce/>.

¹⁵ <https://www.juridice.ro/668355/s-a-constituit-institutul-roman-de-drept-comercial.html>.

¹⁶ Riskin L.L., *Understanding mediators, orientations, strategies and techniques: A grid for the perplexed*, Harvard Negotiation Law Review nr. 1, 1996, pp. 7-51.

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”¹⁷.

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, transparencea ideea că, în legea românească a medierii, rolul mediatorului se reduce, în principal, la facilitarea procesului de mediere.

Acest tip de mediere are ca principale elemente caracteristice: orientarea părților de către mediator, concentrarea mediatorului și a medierii asupra părților, accentuarea comunicării și concentrarea asupra interesului urmărit¹⁸.

Primul element caracteristic, *orientarea părților de către mediator*, presupune o strategie actoricească din partea mediatorului, acesta fiind nevoit, uneori, chiar împotriva convingerilor sale privind soluția corectă și echitabilă în cauza supusă medierii de către părți, să se limiteze doar la statutul de a asista și ajuta părțile să ajungă la o înțelegere acceptabilă.

Așadar, 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 recomandări¹⁹, 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, creează 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 deabusolată, 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 obligații și a consecințelor care decurg din implementarea înțelegerii perfectate prin acordul de mediere.

Al doilea element caracteristic, *concentrarea mediatorului și a medierii asupra părților*, consolidează primul element prin care mediatorul se concentrează pe procesul de interacțiune și se concretizează prin ajutarea părților să comunice mai bine. Odată realizată o comunicare bună, se presupune că părțile vor deveni mai

¹⁷ *Idem*, p. 119.

¹⁸ K. Kovach Kimberlee, *Mediation*, în Michael L. Moffitt, Robert C. Bordone (edit.), *The Handbook of Dispute Resolution*, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, pp. 30-33.

¹⁹ *Ibidem*.

descurcărețe și, fără a li se amputa autonomia de acțiune și de decizie, vor fi capabile să determine scopul medierii, să aprobe desfășurarea procesului de mediere, să evalueze problemele și informațiile, să genereze opțiuni și să decidă cum doresc să acționeze pentru soluționarea conflictului. Nici reprezentanții legali ai părților nu pot influența decizia, rolul lor se reduce doar la acela de a asista și sfătui, pentru a nu se îndepărta de la negociere.

Al treilea element caracteristic, *accentuarea comunicării dintre părți*, presupune ca mediatorul să realizeze și să consolideze o comunicare eficientă între părți. În acest scop, mediatorul trebuie, în primul rând, să realizeze o comunicare eficientă cu fiecare parte. La nevoie, mediatorul poate restricționa comunicarea directă între părți, până când părțile vor fi pregătite să se angajeze una față de alta într-o comunicare eficientă.

În fine, ultimul element caracteristic pe care îl presupune medierea facilitativă îl reprezintă *concentrarea asupra interesului urmărit de către părți*.

Analizând conflictul în ansamblul său, mediatorul ajută părțile să-și examineze nevoile proprii și ale părții adverse, să identifice opțiunile care să ajute la creșterea gradului în care părțile pot să obțină ceea ce doresc, iar dacă este necesar, ajută părțile să negocieze resursele limitate.

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.

Pe bună dreptate, acest tip de mediere se pretează cel mai bine în cazul medierii relațiilor de familie, al medierii penale, al relațiilor de muncă, al protecției consumatorului etc., în general în cazurile în care avem de-a face cu o multitudine de factori subiectivi, în care canalele de comunicare sunt obturate. În cazul medierii relațiilor comerciale, de cele mai multe ori, nu avem de-a face cu această situație.

Din experiența administratorilor de societăți comerciale reiese că fosta legislație civilă în materie comercială din România asigură mai multă coerență și simplitate în derularea proceselor.

Astfel, în cazul unui litigiu partea interesată argumenta în baza dispozițiilor art. 109 alin. (2) C. pr. civ., sau în baza art. 6 alin. (2) NCC, dacă actele și faptele juridice încheiate și/sau săvârșite s-au petrecut înainte de 15 februarie 2013, prevederile din fostele dispoziții ale art. 720¹ C. pr. civ., că litigiul este în materie comercială evaluabil în bani. Caracterul comercial al litigiului era argumentat și prin faptul că potrivit art. 56 din Codul comercial român, „*dacă un act este comercial numai pentru una din părți, toți contractanții sunt supuși, încât privește acest act, legii comerciale, afară de dispozițiile privitoare la persoana chiar a comercianților și de cazurile în care legea ar dispune altfel*”.

Excepția de prematuritate a cererii de chemare în judecată, decurgând din nerespectarea art. 720¹ C. pr. civ., avea caracter de ordine publică, putând fi invocată, potrivit art. 136 alin. (1) teza a II-a C. pr. civ., în orice stadiu al pricinii, iar dacă reclamantul s-ar fi adresat instanței fără a îndeplini procedura de mediere sau procedura prealabilă de conciliere directă, pentru considerentele expuse anterior, acțiunea îndreptată împotriva pârâtului comerciant era inadmisibilă.

În noua legislație civilă românească, această prevedere nu mai există, întrucât inițiatorii noi legi au argumentat faptul că *oricum această procedură se îndeplinea formal*, iar acest lucru tergiversa inutil procesul.

Nu pot fi de acord cu acest raționament din simplul motiv că justițiabilii care urmau benevol această procedură găseau uneori o cale de soluționare amiabilă a litigiului și dosarul nu mai ajungea în instanța de judecată. Câteodată era vorba doar de o neînțelegere minoră, un accident izolat, o eroare scuzabilă etc., iar din discuții amicale, antreprenorii constatau că au și alte interese comune și, nu de puține ori, ajungeau să descopere noi oportunități de afaceri.

În prezent, aceste litigii cu aceste neajunsuri ajung pe rolul instanței, iar instanța, și așa supraaglomerată, nu face decât să tergiverseze și mai mult dosarul cauzei.

De lege ferenda, ar trebui să se introducă în legislația românească obligativitatea încercării de a se soluționa amiabil un conflict comercial, nu neapărat prin intermediul medierii, întrucât pot exista situații în care părțile pot comunica și detensiona singure, instantaneu, orice conflict comercial. 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 acestuia²⁰. Fiind concentrat pe substanța conflictului, mediatorul, în cadrul procesului analitic,

²⁰ 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.

caută să găsească soluții pentru ca respectivul conflict să poată fi rezolvat. După L.L. Riskin²¹, 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 remarcă faptul că există o multitudinea de direcții pe care poate merge mediatorul pentru a înțelege, analiza și împărtăși o anumită opinie cu părțile²². 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 conflictului²³. 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. Stanciu D. Cărpenu, *Drept comercial român*, ed. a VII -a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 16.

²¹ L.L. Riskin, *Understanding mediators, orientations, strategies and techniques: A grid for the perplexed*, Harvard Negotiation Law Review nr. 1/1996, pp. 7-51.

²² L. Randolph Lowry, *op. cit.*, pp. 80-84.

²³ *Ibidem*.

2. K. Kovach Kimberlee, *Mediation*, în Michael L. Moffitt, Robert C. Bordone (edit.), *The Handbook of Dispute Resolution*, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.
3. 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.
4. L.L. Riskin, *Understanding mediators, orientations, strategies and techniques: A grid for the perplexed*, Harvard Negotiation Law Review nr. 1/1996.
5. Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator din România.

Internet

1. <http://www.imliasi.ro/noul-cod-civil.pdf>
2. <https://www.piperea.ro/articol/conferinta-valul-iv-va-fi-un-val-de-insolvente/>
3. <https://www.esrb.europa.eu/about/html/index.ro.html>
4. <https://legeaz.net/legea-medierii-192-2006/>
5. <https://www.juridice.ro/668355/s-a-constituit-institutul-roman-de-drept-comercial.html>
6. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:32019L1023>
7. <https://www.bursa.ro/videoconferinta-codul-insolventei-speranta-munteanu-presedinte-de-onoare-tma-vrem-ca-profesia-de-practician-de-restructurare-sa-fie-distincta-de-cea-de-practician-de-insolventa-08047245>
8. https://agrintel.ro/192916/ministrul-supermarketurilor/?fbclid=IwAR2ZEPudsJlcFE-NL_HYbYsw9reyOx-2qly2jDmAuKbULBbR2BuC5LI3qK0
9. <https://www.economica.net/problema-practicienilor-comerciale-neloiale-din-industria-alimentara-revine-in-discu-ia-ministerul-lucraza-la-transpunerea-directivei-ue-185045.html>
10. <https://www.juridice.ro/727111/transpunerea-directivei-ue-2019-1023-provocari-pentru-perioada-de-reorganizare.html>
11. <https://www.juridice.ro/304477/bilantul-medierii-sub-1-din-toate-cazurile-din-uniunea-europeana.html>
12. <https://www.avocatu.ro/romania-data-exemplu-negativ-privind-medierea-rein-europa-starea-medierii-in-europa-la-10-ani-de-la-adoptarea-directivei-2008-52-ce/>