

Universitatea Babeș-Bolyai
Facultatea de Drept

TEZĂ DE DOCTORAT

**Obligațiile fiduciare ale administratorilor
în dreptul societar comparat
(Rezumat)**

Coordonator științific

Prof. Univ. Dr. Radu N. Catană

Student doctorand

Adina Ponta

Cluj-Napoca

2019

I. Cuprinsul tezei de doctorat

Abrevieri	1
INTRODUCERE	2

CAPITOLUL I. FUNDAMENTELE OBLIGAȚIILOR FIDUCIARE ALE

ADMINISTRATORILOR SOCIETARI

1. Considerații introductive	6
2. Rolul și evoluția teoriei obligațiilor fiduciare în dreptul societăților	6
2.1. Natura obligațiilor fiduciare în sistemul de drept civil și în <i>common law</i>	8
2.2. Diferențele de abordare a obligațiilor fiduciare determinate de izvoarele de drept... ..	15
3. Evoluția noțiunii de corectitudine și echitate în guvernanta corporativă	19
4. Începuturile evaluării conduitei fiduciare - testul corectitudinii și al echității	24
5. Diferențierea între standardele de conduită și standardele de evaluare	26
5.1. Obligația de diligență și prudență și standardul de evaluare aplicabil	28
5.2. Obligația de loialitate și standardul de evaluare aplicabil	36
5.3. Buna-credință și evaluarea acesteia	41
6. Justificarea diferențierii între standardele de conduită și standardele de evaluare	41
7. Mandatul administratorului societar în dreptul român	47
7.1. Natura contractului de administrare	49
7.2. Puterea de reprezentare	52
7.3. Mandatul aparent	59
7.4. Revocarea administratorilor	62
8. Remarci conclusive	64

CAPITOLUL II. OBLIGAȚIA DE DILIGENȚĂ ȘI PRUDENȚĂ

1. Considerații introductive	67
2. Conținutul și întinderea obligației de diligență și prudență	69
2.1. Obligația de a supraveghea afacerea în ansamblul ei	72
2.2. Obligația de a cerceta, de a investiga și „de a formula întrebări”	74
2.3. Obligația de a desfășura un proces decizional rezonabil și de a adopta decizii de afaceri rezonabile	74
3. Conținutul obligației de diligență și prudență în unele state membre UE	77
4. Obligația de diligență și prudență a administratorilor în dreptul român	82
5. Regula judecării de afaceri	90
5.1. Justificarea și fundamentele Regulii judecării de afaceri	91
5.2. Cele două abordări principale ale Regulii judecării de afaceri	93
5.3. Codificarea și interpretarea Regulii judecării de afaceri în dreptul continental	103
5.4. Interpretarea doctrinară și aplicarea regulii judecării de afaceri în dreptul român ..	110
5.5. Propunere de interpretare a regulii judecării de afaceri în dreptul român	122
6. Remarci conclusive	124

CAPITOLUL III. OBLIGAȚIA DE LOIALITATE

1. Considerații introductive	127
2. Determinarea conduitei neloiale	128
2.1. Noțiunea de „loialitate” în sistemul de drept civil și în <i>common law</i>	130
2.2. Condițiile îndeplinirii obligației de loialitate	131
3. Doctrina oportunității de afaceri	133
4. Obligația de loialitate în dreptul continental	138
4.1. Formele de administrare SA și structura organelor de conducere	139

4.2. Natura obligației de loialitate în sistemul de drept civil și în <i>common law</i>	140
4.3. Izvoarele obligației de loialitate în unele state membre UE	141
4.4. Doctrina oportunității de afaceri și obligația de neconcurență	148
4.5. Remarci preliminare ale analizei comparative a obligației de loialitate în unele state membre UE	157
5. Obligația de loialitate în dreptul român	161
6. Evoluția obligației de loialitate în secolul XXI	171
6.1. Derogarea de la doctrina oportunității de afaceri	171
6.2. <i>Golden leash</i> sau „cumpărarea loialității”	171
6.3. Includerea factorilor sociali și ecologici în conținutul obligațiilor fiduciare	172
7. Remarci conclusive	174

CAPITOLUL IV. BUNA-CREDINȚĂ CA OBLIGAȚIE DISTINCTĂ ÎN DREPTUL SOCIETAR

1. Considerații introductive	177
2. Buna-credință în doctrina și jurisprudența de <i>common law</i>	178
2.1. Triada obligațiilor fiduciare	181
2.2. Buna credință ca element al celorlalte obligații fiduciare	182
2.3. Declinul autonomiei obligației fiduciare de bună-credință	186
3. Conținutul bunei-credințe în dreptul societar	187
4. Obligații specifice aflate în câmpul de aplicare a bunei-credințe	191
4.1. Obligația de a nu pune societatea în situația de a încălca legea	191
4.2. Obligația de sinceritate	207
4.3. Obținerea unui avantaj prin utilizarea unor mijloace manipulative	209
4.4. Evitarea satisfacerii intereselor nepermise	210
4.5. Desconsiderarea substanțială a responsabilităților	210
4.6. Caracterul independent al bunei-credințe în governanța corporativă	212
5. Buna-credință în dreptul societar din unele state membre UE	215
6. Buna-credință în dreptul societar român	222
7. Remarci conclusive	228

CAPITOLUL V. STANDARDELE DE EVALUARE

1. Considerații introductive	231
2. Aplicarea Regulii judecății de afaceri ca standard de evaluare	232
3. Regula judecății depline de afaceri (<i>Enhanced Business Judgment Rule</i>)	236
4. Standardul „ <i>Revlon</i> ”	240
5. Proba corectitudinii și a echității (<i>Entire fairness test</i>)	242
6. Standardul „ <i>Blasius</i> ”	246
7. Standardul „ <i>Schnell</i> ”	247
8. Criterii suplimentare de evaluare utilizate în jurisprudență	247
9. Standardele de evaluare în jurisprudența recentă	251
10. Raportul dintre standardele de conduită și standardele de evaluare	259
10.1. Buna-credință ca liant al standardelor de evaluare	264
10.2. Unificarea standardelor de evaluare	267
11. Standardele de evaluare în unele state membre UE	271
11.1. Standardul de diligență și prudență	271
11.2. Standardul de loialitate	276
12. Remarci conclusive	278

CAPITOLUL VI. OBLIGAȚIILE FIDUCIARE DATORATE ÎN CONTEXTE SPECIFICE	280
1. Obligațiile fiduciare ale administratorilor neexecutivi.....	280
1.1. Considerații introductive.....	280
1.2. Conținutul obligațiilor fiduciare ale administratorilor neexecutivi	280
1.3. Obligațiile fiduciare ale administratorilor neexecutivi în unele state membre UE..	289
1.4. Remarci concludive.....	294
2. Obligațiile administratorilor în cazurile de fuziuni și achiziții.....	295
2.1. Obligația de diligență și prudență	295
2.2. Obligația de loialitate.....	303
2.3. Drept comparat și drept european	304
2.4. Drept român	308
3. Vecinătatea insolvenței – noi provocări	311
3.1. Obligații tipice ale administratorilor societății în vecinătatea insolvenței.....	312
3.2. Standardul de evaluare a obligațiilor fiduciare în vecinătatea insolvenței	314
3.3. Aplicabilitatea Regulii judecătii de afaceri în vecinătatea insolvenței	322
3.4. Beneficiarii obligațiilor fiduciare ale administratorului societății în vecinătatea insolvenței	324
CAPITOLUL VII. RĂSPUNDEREA CIVILĂ A ADMINISTRATORULUI SOCIETĂȚII IN BONIS. ACȚIUNEA ÎN RĂSPUNDERE. REMEDII ȘI LIMITĂRI	327
1. Considerații introductive privind răspunderea juridică a administratorilor	327
1.1. Răspunderea penală a administratorilor	328
1.2. Răspunderea contravențională a administratorilor.....	330
2. Răspunderea civilă a administratorilor	332
2.1. Răspunderea ordinară față de societate.....	334
2.2. Răspunderea extraordinară față de terți	352
2.3. Răspunderea civilă față de asociați/acționari.....	355
3. Angajarea răspunderii civile a administratorilor în dreptul comparat.....	356
4. Înlăturarea și limitarea răspunderii. Cauze de exonerare	363
4.1. Înlăturarea răspunderii obiective.....	369
4.2. Înlăturarea răspunderii subiective	371
5. Remarci concludive	372
CONCLUZII	373
Bibliografie	383
Jurisprudență citată	404

Cuvinte cheie: obligația de diligență și prudență, obligația de loialitate, buna-credință, standard de evaluare, regula judecătii de afaceri, doctrina oportunității de afaceri, răspunderea civilă a administratorului, cauze de înlăturare sau de limitare a răspunderii

II. Aspecte generale referitoare la cercetarea fundamentală realizată

1. Actualitatea temei și obiectivele tezei doctorale

Prezenta teză urmărește o examinare comparativă a obligațiilor fiduciare ale administratorilor societari în governanța corporativă a sec. XXI, prin analiza evoluției lor în sistemul de *common law* și în sistemul de drept civil¹. Obiectul de cercetare a fost determinat de evoluția dreptului societar în România prin recunoașterea și reglementarea obligațiilor fiduciare în governanța corporativă, care, la debutul prezentei cercetări, se bucurau de o doctrină și jurisprudență națională modeste.

Caracterul de noutate al tezei rezidă în evaluarea simetriei ori a convergenței instituțiilor studiate în diferite sisteme de drept, preponderent în ceea ce privește natura, efectele practice și jurisprudența aplicativă a regulii judecătii de afaceri. Oportunitatea lucrării constă în surprinderea tendinței de modernizare a dreptului societar român și în abordarea pragmatică a asimetriei contractuale a relației fiduciare. Prezentarea obligațiilor fiduciare este realizată în urma unui studiu, pe care îl dorim exhaustiv, al jurisprudenței naționale în ceea ce privește aplicarea regulii judecătii de afaceri în litigiile cu profesioniștii, până în decembrie 2018.

2. Metodologia de cercetare utilizată

Metodologia utilizată este cercetarea comparativă a reglementărilor, a instrumentelor de *soft-law*, a doctrinei și a jurisprudenței în materia obligațiilor fiduciare în câteva jurisdicții pe care le-am considerat relevante în acest domeniu, SUA, Marea Britanie, Franța, Germania și România, și în câteva state cu tradiție juridică asemănătoare dreptului român. Printr-o culegere de exemple de speță, lucrarea urmărește oferirea unui tablou al tendințelor surprinse în politicile legislative, în practica instanțelor și în dinamismul lumii de afaceri, prin evaluarea principalelor strategii de intervenție legislativă.

Instrumentele de cercetare utilizate nu se limitează la doctrina și jurisprudența de drept continental, ci includ legislația primară, secundară și instrumente de *soft-law* din statele membre UE, din SUA și Quebec. Cu ajutorul metodei critic-comparative, am analizat studii și statistici despre governanța corporativă la nivelul UE din perspectiva juriștilor francezi și anglo-saxoni și rapoarte ale instituțiilor europene și ale unor instituții independente recunoscute. Prin metoda logică, am sintetizat opiniile doctrinare de drept francez, drept german și drept român, utilizând surse precum monografiile, tratatele, comentariile de legi și de coduri, dar în special articole din reviste de specialitate, pentru a surprinde cele mai actuale aspecte. Studiul cuprinde o analiză aprofundată a literaturii de specialitate a regulii judecătii de afaceri și concentrarea abordărilor doctrinare și jurisprudențiale disparate, pentru a propune o interpretare echitabilă în dreptul

¹ Noțiunea de „administrator” se înțelege a fi extinsă membrilor directoratului SA care adoptă sistemul dualist de administrare. În cazul în care anumite reguli sunt aplicabile doar membrilor consiliului de administrație sau directoratului, se va face referire în acest sens.

național. Aplicând metoda deductivă, am urmărit tendințele jurisprudențiale naționale pentru a aborda instituțiile juridice moderne potrivit izvoarelor și istoriei acestora.

III. Conținutul tezei doctorale

1. Structura tezei doctorale

Teza este structurată în șapte capitole. **Primul capitol** oferă o introducere în teoria obligațiilor fiduciare, prezentând fundamentele și raționamentele obligațiilor fiduciare în paralel cu dezvoltarea noțiunii de corectitudine și echitate. În ciuda tradiției legale diferite, obligațiile fiduciare prezintă o arhitectură similară în *common law* și în sistemul de drept civil, preluând în ambele rolul unui mecanism de facilitare a relațiilor fundamentate pe încredere și de încurajare a membrilor societății să acționeze într-o manieră corectă, morală și sinceră. În urma analizei etimologice și istorice a termenilor relevanți, am evidențiat efectele practice ale derivării teoriei obligațiilor fiduciare din exercițiul dreptului de proprietate în *common law* și din dreptul contractelor în sistemul de drept civil. Constatând că în ambele sisteme funcția acestor obligații este oferirea unei haine juridice noțiunii de „încredere”, am evaluat comparativ obiectivele reglementării în ambele tradiții juridice. Pentru o introducere comprehensivă în materia studiată, primul capitol descrie și fundamentul diferențierii între standardele de conduită și standardele de evaluare a conduitei fiduciare. Ultima parte a acestui capitol introduce sediul materiei în dreptul român. Pornind de la elementele contractului de mandat, am identificat aspectele relevante ale dispozițiilor Codului Civil, inclusiv ale gestiunii de afaceri și ale administrării bunului altuia, pentru a contura natura mandatului administratorului societar.

Următoarele trei capitole tratează obligațiile fiduciare, respectiv standardele de conduită aplicabile administratorului societar și rolul lor de a orienta conduita mandatarilor prin formulări expansibile, ca răspuns la tensiunea continuă determinată de conflictul de interese între cei care dețin capitalul și cei care dețin puterea de control a societății. **Capitolul II** expune obligația de diligență și prudență prin descrierea elementelor obiective și subiective și prin cercetarea celor patru obligații subsidiare ale acesteia din jurisprudența de origine. Prima componentă conține îndatorirea administratorilor de a supraveghea în mod rezonabil evoluția afacerii și de a lua măsuri corespunzătoare pentru a obține informații relevante în urma monitorizării. Cea doua componentă este obligația de a efectua cercetări și de a formula întrebări pertinente, respectiv obligația de a urmări și de a dezvolta datele obținute și ale căror efecte indică iminența sau probabilitatea apariției unor riscuri. Ultimele două componente se referă la utilizarea informației obținute și îndatorirea de a stabili un proces decizional adecvat adoptării unor decizii de afaceri rezonabile.

După abordarea conținutului clasic al acestei obligații în doctrina franceză și în jurisprudența de *common law*, am propus o privire comparativă a prevederilor legale din unele state membre UE și determinarea conținutului obligației în contextul modern al economiei concurențiale. Natura și cazurile în care obligația de diligență și prudență ar fi încălcată potrivit

legii române sunt discutate prin prisma analizei doctrinei și a jurisprudenței de inspirație a legiuitorului. Prin crearea unor paralele între caracterele contractului de mandat și prerogativele legale ale administratorului, studiul relevă caracterul fiduciar al mandatului conferit administratorului social. În urma analizei mandatului aparent și a depășirii limitelor mandatului de către administratori, am expus diferențele dintre standardul evaluării administratorului SRL și SA pentru conduita necorespunzătoare, urmărind modificările succesive ale legislației speciale. A doua parte a capitolului analizează natura, regimul și efectele regulii judecătii de afaceri în aplicarea ca standard obiectiv de evaluare sau ca doctrină a abstențiunii. Urmărind efectele regulii și interpretările jurisprudențiale din *common law* și din dreptul continental, am evaluat compatibilitatea prevederilor naționale cu interpretările consacrate din doctrina străină.

În dreptul continental, obligația de diligență și prudență este în general reglementată fragmentar, fiind adesea derivată din dreptul comun. Studiul evoluției jurisprudențiale relevă actualitatea conflictului latent între aplicabilitatea obligației de diligență și prudență și a obligației de loialitate, reclamanții fiind interesați să probeze încălcarea mai multor obligații fiduciare prin același comportament defectuos al administratorului. Totodată, administratorii pârâți se apără prin invocarea unei conduite loiale și caracterizată de bună-credință, încercând restrângerea ariei de aplicare a loialității și expansiunea înțelesului diligenței și prudenței pentru a beneficia de avantajele atașate acestei obligații fiduciare, precum regula judecătii de afaceri ori clauzele statutare sau contractuale de înlăturare sau limitare a răspunderii. Riscul implicat este subsumarea unui număr mare de obligații subsidiare ale diligenței și prudenței în categoria loialității, sub pretextul imposibilității existenței unui comportament cu adevărat loial fără a respecta obligația de diligență și prudență. Apreciem că instanțele ar trebui să traseze o linie clară între sferele de aplicare a celor două obligații fiduciare, fără a pierde din vedere intervenția regulii judecătii de afaceri. Fundamentarea noțiunii de loialitate în dreptul societar contemporan prin asimilarea influențelor sociale și morale va conduce la aprecierea deplină a acestei noțiuni.

Capitolul III examinează conturul obligației de loialitate, pe care o privim ca fiind nucleul obligațiilor fiduciare datorate de un administrator societar. Obiectivul capitolului a fost reliefarea tiparului acestei obligații din jurisprudența evolutivă, de la începutul confluențelor elementelor de drept și microeconomice, cu evidențierea nuanțelor sociale și morale din prezent. Diferite exemple de speță au contribuit la identificarea suprapunerilor dintre loialitate și bună-credință, precum și a congruențelor obligației de diligență și prudență și a loialității.

Analiza de drept comparat a relevat soluțiile divergente care pot fi pronunțate în funcție de abordarea acestei obligații. În vreme ce în *common law*, obligația de loialitate absoarbe buna-credință, doctrina de drept continental privește loialitatea ca fiind unul dintre principalele elemente ale bune-credințe. Am propus o analiză comparativă a obligației fiduciare de loialitate în câteva jurisdicții europene, a reglementărilor naționale exprese ori a expresiilor de recunoaștere jurisprudențială a instituției. Funcția fiduciară se exprimă prin eforturile sincere de exercitare a obligațiilor cu utilizarea cunoștințelor și a experienței, astfel că statele membre UE propun lărgirea funcției de administrator cu inițiative corespunzătoare mediului economic. Trecând în revistă schimbările sociale care au modificat traseul interpretărilor doctrinare și

jurisprudențiale ale loialității - de la conflictul de interese clasic la îndeplinirea unor obligații pozitive, am identificat elementele inerente contractului de mandat din dreptul privat român, reflectând asupra expansiunii loialității prin abordarea doctrinei oportunității de afaceri.

Doctrina majoritară subliniază imperativul obținerii unui folos material al administratorului ca fundament al încălcării obligației de loialitate, respectiv o operațiune în conflict de interese. Am arătat că echivalarea conflictului de interese cu încălcarea obligației de loialitate reprezintă o viziune îngustă, deoarece singura diferență dintre încălcarea obligației de loialitate și încălcarea obligației de diligență și prudență ar fi reprezentată de existența unui act de trădare a încrederii. Formularea exprimă în mod acurat cerința minimă a loialității, dar sugerează impropriu că această obligație ar fi așteptată doar în situațiile existenței unei tentații materiale. Apreciem binevenită tendința jurisprudenței actuale de *common law* de a extinde încălcarea obligației de loialitate la cazurile în care administratorii nu reușesc să demonstreze un devotament afirmativ față de bună-starea beneficiarului.

Deși diferențele între abordările obligațiilor fiduciare în *common law* și în sistemul de drept civil nu sunt de esență, ci derivă din izvoarele diferite, am constatat că ambele sisteme au împrumutat principii și elemente din alte ramuri de drept pentru elaborarea obligațiilor fiduciare din guvernanta corporativă. Principala diferență este aceea a categoriei beneficiarilor primari ai obligațiilor fiduciare, în vreme ce în *common law*, beneficiarii sunt acționarii/asociații, în sistemul de drept civil, obligațiile fiduciare sunt în general datorate societății administrate, ale cărei interese trebuie să primeze. Având în vedere deschiderea manifestată de ambele sisteme de drept în direcția absorbirii influențelor compatibile din alte jurisdicții, natura diferită a sistemelor de drept a pierdut din importanță practică la nivelul dreptului material.

În vreme ce reglementarea și formulările jurisprudențiale ale standardului de diligență sunt în mare măsură omogene în rândul statelor membre UE, abordarea conflictelor de interese se prezintă într-o gamă diversă. O posibilă explicație ar fi aceea că, în procesul de absorbție a instrumentelor din *common law*, obligațiile fiduciare au fost construite pe fundamente distincte ale dreptului privat, precum contractul de mandat sau alte construcții juridice care incorporau deja noțiunile de încredere și loialitate în dreptul național. Datorită eterogenității sale, obligația de loialitate nu a avut parte în toate sistemele de drept de articularea unor reguli specifice care să enumere în mod exhaustiv circumstanțele în care această obligație fiduciară este încălcată, dar jurisprudența a particularizat expresii ale loialității din limbajul uzual. Loialitatea rămâne o normă socială și morală și un standard legal care nu poate fi redus la o singură regulă. În majoritatea statelor europene, obligația de loialitate reprezintă un standard de conduită obiectiv, care acoperă toate situațiile care implică un conflict între părțile interesate, spre deosebire de buna-credință, care are puternice încărcături subiective.

Arhitectura normativă urmărește în mare măsură structurile de administrare prezente în UE, în sistem unitar sau dualist. Studiul comparativ al guvernantei corporative la nivelul statelor membre a concluzionat că, uneori, simpla realocare legală a puterii decizionale către un organ de supraveghere pentru evaluarea operațiunilor între societate și un membru al consiliului de administrație poate înlocui reglementarea legală a conflictului de interese. Observăm că per

ansamblu, o definiție vastă a conflictului de interese oferă mai multă flexibilitate și transparență. Având în vedere faptul că prezumția de bună-credință este ușor de răsturnat, dar greu de susținut de către administratori, iar regula judecătii de afaceri nu își găsește aplicabilitatea în cazurile de încălcare a obligației de loialitate, sistemul dualist asigură cea mai clară protecție a actelor încheiate de un administrator și susceptibile de conflicte de interese.

Eficiența reglementării exprese a oportunităților de afaceri depinde în primul rând de identificarea scopului exploatații oportunității de către administratori și a condițiilor de utilizare a unei oportunități care aparține societății, respectiv informare sau aprobare *ex ante* de către un organ independent. În al doilea rând, identificarea caracterului real și actual al oportunității este o dimensiune importantă pentru stabilirea conduitei administratorului. În urma studiului soluțiilor din jurisprudența franceză timpurie cu privire la doctrina oportunităților de afaceri, constatăm importanța adaptării acestei doctrine la contextul legislativ și la structurile procedurale din alte sisteme de drept. În caz contrar, jurisprudența va opune rezistență unor importuri legale prea diferite de instituțiile fundamentale de drept privat. Tendința europeană este în sensul restrângerii noțiunii de concurență la cazurile din același domeniu de activitate ca și cel al societății administrate. Observăm că în absența reglementării oportunității de afaceri sau a obligației de neconcurență, elasticitatea legii se dovedește suficientă chiar și în cazurile în care jurisprudența nu este prea bogată.

Capitolul IV tratează buna-credință din perspectiva dreptului societăților, pornind de la tendința din jurisprudența americană de a recunoaște în mod explicit buna-credință ca obligație fiduciară distinctă după anul 1995. În încercarea de a contura această obligație și de a o delimita de celelalte două obligații fiduciare tradiționale, am studiat interpretările acestei instituții în governanța corporativă. Datorită amplitudinii noțiunii, buna-credință a permis instanțelor să articuleze obligații fiduciare subsidiare, care vin în întâmpinarea schimbărilor sociale.

Analiza doctrinară de drept continental relevă faptul că, spre deosebire de dreptul contractelor speciale, în care practicienii preferă să definească buna-credință prin excluderea unor elemente din domeniul vast de aplicare al acestei instituții, în governanța corporativă, încadrarea unei conduite sau a unei decizii de afaceri în câmpul de aplicabilitate al buneicredințe poate fi realizată mult mai tehnic. În esență, buna-credință în dreptul societar poate fi descrisă prin două concepte, și anume conceptul de bază al instituției și descrierea obligațiilor care compun și chiar definesc această noțiune. În urma analizei concepției de bază, apreciem faptul că buna-credință ar trebui privită ca o obligație fiduciară distinctă și legiferată ca atare, ca o instituție care înglobează loialitatea. În primul rând, am revelat o serie de situații în care conduita necorespunzătoare a administratorilor excede câmpul de aplicare al obligațiilor fiduciare clasice. În al doilea rând, regulile de limitare a obligațiilor tradiționale se dovedesc inaplicabile în situațiile guvernate de buna-credință. Un administrator nu va răspunde pentru încălcarea obligației de diligență și prudență, chiar dacă acționează neglijent, deoarece conduita sa va fi protejată de regula judecătii de afaceri, de criteriul neglijenței grave sau de clauze statutare de exonerare. În cazul obligației de loialitate, operațiunile în conflict de interese pot fi sustrate evaluării judiciare efective dacă sunt aprobate de administratorii independenți. În al

treilea rând, buna-credință funcționează ca fundament de principiu pentru articularea unor noi obligații fiduciare specifice. Menționăm în acest sens principiul potrivit căruia, administratorul este obligat să nu cauzeze în cunoștință de cauză o situație în care societatea să fie obligată să încalce legea, chiar dacă în urma unei judecăți raționale, consecința previzibilă a încălcării legii este maximizarea dividendelor acționarilor și a profitului societății.

O altă caracteristică relevantă a instituției bunei-credințe în contextul argumentării existenței acesteia ca obligație fiduciară independentă este funcția sa supletivă și protectivă. În vreme ce în majoritatea contractelor, obligația de loialitate reprezintă doar o obligație accesorie obligației principale de a face, în cazul relației fiduciare, obligația de loialitate este principala obligație datorată. Numeroase state au codificat cele două obligații fiduciare tradiționale, obligația de loialitate fiind în general absorbită de buna-credință. Încercările de raționalizare a bunei-credințe în dreptul continental s-au materializat de multe ori prin diferite formulări care exclud modalități ale conduitei necorespunzătoare. Dreptul francez păstrează per ansamblu abordarea subiectivă a bunei-credințe prin eliminarea situațiilor de rea-credință, funcția dominantă a bunei-credințe în materie contractuală fiind funcția interpretativă a acesteia. Dreptul german privește obligația de loialitate ca fiind o versiune mai strictă a bunei-credințe, în vreme ce abordarea jurisprudențială americană a bunei-credințe contractuale presupune raportarea acestui concept la percepția unui grup-țintă, din domeniul din care provine litigiul respectiv. Diferența principală care oprește o convergență în materia obligației de loialitate este faptul că în jurisprudența de *common law*, aceasta înglobează buna-credință, în vreme ce în dreptul continental, obligația de loialitate reprezintă o componentă esențială a bunei-credințe.

Prin dezvoltarea probei corectitudinii și a echității, încrederea, ca centru de greutate al relației fiduciare, este înlocuită cu noțiunea de corectitudine și echitate, care poate fi redusă la un set de reguli procedurale. **Capitolul V** a fost dedicat analizei comparative a standardelor de evaluare, create de jurisprudența de *common law* și care au conturat ceea ce se înțelege în prezent în literatura juridică prin proba corectitudinii și a echității și regula judecății de afaceri. În cazul în care reclamanții reușesc să facă dovada *prima facie* a încălcării obligațiilor fiduciare de către administratori, respectiv lipsa de independență, conflict de interese sau suspiciuni rezonabile cu privire la depășirea puterilor, este exclusă aplicarea regulii judecății de afaceri, iar instanțele vor recurge la una dintre celelalte probe: regula judecății depline în afaceri, proba corectitudinii și a echității sau una din probele generate de cele trei cazuri celebre care au creat câte un standard pentru anumite situații particulare: *Revlon*, *Blasius* și *Schnell*.

În aplicarea concretă a standardelor de evaluare, constatăm că buna-credință operează ca un liant al acestora. Fiind o premisă indispensabilă a îndeplinirii fiecăreia dintre obligațiile fiduciare, o mare parte a doctrinei a apreciat că cele două obligații fiduciare clasice pot fi privite ca reprezentări ale bunei-credințe.

În studiul jurisprudențial efectuat, am identificat anumite criterii care limitează răspunderea sau reduc standardul de evaluare. Votul acționarilor minoritari reprezintă de multe ori o garanție a corectitudinii deciziei sau o coborâre a standardului de evaluare, iar votul administratorilor independenți diminuează suspiciunile de conflict de interese. Utilitatea

acestor criterii este dovedită de faptul că jurisprudența a calibrat maniera în care instanțele coroborează elementele contextuale cu investigarea obiectivă a condițiilor externe.

Caracterul unic al regulii judecătii de afaceri ca standard de evaluare în *common law* este revelat de valoarea dublă a acesteia, ca prezumție în favoarea administratorilor și ca protecție a conținutului deciziei. Statele membre UE abordează regula ca standard de evaluare corelativ standardului de conduită, astfel încât în general, funcția ei principală este de a crea un standard de control mai puțin exigent decât standardul de conduită ideal creat de definiția comprehensivă a obligației de diligență și prudență.

Jurisprudența de drept continental relevă lipsa unei delimitări precise între standardele de conduită și standardele de evaluare. Se observă o evaluare similară a conduitei titularilor obligațiilor fiduciare în statele membre, prin utilizarea unor criterii comparabile, însă standardele de evaluare nu sunt clasificate în funcție de existența unui conflict de interese, ci în funcție de rigiditatea lor. Marea majoritate a statelor optează pentru standardul mixt sau pentru standardul obiectiv. Pentru stabilirea sarcinii probei, criteriul relevant este reglementarea sau implicarea jurisprudențială a regulii judecătii de afaceri. Standardele referitoare la supravegherea afacerii și a responsabilității în urma delegării sunt dintre cele mai variate, iar soluțiile sunt în general imprevizibile. Regula judecătii de afaceri este singurul standard care împiedică o evaluare judiciară a deciziei de afaceri, în vreme ce celelalte standarde de evaluare impun o analiză judiciară cu de o profunzime diferită. În lipsa existenței unor standarde de conduită clare și a dezvoltării unor standarde de evaluare flexibile, administratorii vor fi lipsiți de protecția legală și acționarii vor resimți puternica tensiune a dezechilibrului dintre autoritate și putere. Astfel, aceștia vor opta cu prioritate pentru revocarea administratorilor, ceea ce lipsește de valoare și de efect întreaga teorie a obligațiilor fiduciare.

Prezentarea obligațiilor fiduciare și a standardelor de evaluare în dreptul român în **capitolele II-V** este realizată în urma unui studiu al jurisprudenței naționale în ceea ce privește aplicarea regulii judecătii de afaceri. Observăm că în formula aleasă de legiuitor se regăsesc obligațiile subsidiare ale diligenței și prudenței expuse în analiza de drept comparat, dar și distincția dintre caracterul rezonabil și caracterul rațional al unei decizii de afaceri. Am constatat că instanțele aplică în primul rând criteriul obiectiv de apreciere a culpei, pe care îl completează cu elementele relevante în legătură directă cu circumstanțele deciziei de afaceri. Pentru a nu cădea în capcana angajării răspunderii administratorului ca urmare a reținerii culpei ușoare, apreciem că instanțele ar trebui să acorde o importanță mai mare previzibilității efectelor actului de gestiune ca și criteriu al neîndeplinirii culpabile a obligației de diligență și prudență. În deciziile studiate, am remarcat o analiză judiciară atentă a raportului de cauzalitate și existenței unui prejudiciu cuantificabil pentru constatarea încălcării obligației de diligență și prudență, ceea ce explică lipsa jurisprudenței referitoare la despăgubiri acordate societății pentru câștigul nerealizat datorită conduitei necorespunzătoare.

Sesizând în jurisprudența citată unele confuzii între cele două obligații fiduciare reglementate sau reținerea cumulată a încălcării acestora, ne întrebăm dacă validarea bunei-credințe din dreptul comun ca obligație fiduciară reprezintă o opțiune viabilă pentru prezent.

Codificarea regulii judecătii de afaceri subliniază în primul rând natura obligațiilor de mijloc ale mandatarului social și încurajează asumarea riscului de afaceri prudent. În al doilea rând, se clarifică imperativul evitării angajării răspunderii administratorilor în lipsa culpei grave, nu doar în cazul SRL, dar și în cazul SA, prin includerea regulii în capitolul IV al Legii. Anticipăm stabilizarea unei culturi de responsabilizare a administratorilor și de conștientizare a acționarilor/asociațiilor care vor fi mereu tentați să apeleze la pârgă revocării administratorilor pentru erorile de gestiune, în locul analizei contextuale și circumstanțiale a deciziei și strategiilor pentru care aceștia au optat.

În ceea ce privește aplicarea actuală a regulii judecătii de afaceri în jurisprudența română, am observat două aspecte. În primul rând, prin formularea unei acțiuni în răspunderea administratorului de către societate sau de către acționarii minoritari, în lipsa unei dispoziții legale contrare, sarcina probei *prima facie* va aparține reclamantului, ca în orice litigiu de drept civil. În al doilea rând, spre deosebire de formularea originală din Delaware, regula judecătii de afaceri nu instituie o prezumție de diligență și prudență a administratorului. Dimpotrivă, potrivit jurisprudenței actuale, criteriul diligenței unui *bonus pater familias* se aplică mai riguros profesioniștilor, nivelul exigențelor este sporit, iar culpa administratorului este prezumată în cazul răspunderii contractuale. Fiind o obligație de mijloace, încălcarea obligației de diligență și prudență trebuie dovedită în toate cazurile. Dacă reclamantul face această dovadă, sarcina probei ar trebui să se răstoarne, iar administratorul să fie obligat să dovedească diligența și caracterul rezonabil al deciziei. Am justificat aplicarea jurisprudențială a mecanismului răsturnării sarcinii probei prin argumente de fond și de procedură.

În dreptul român, obligația de loialitate este în mod neechivoc absorbită de buna-credință, care este prezumată, însă îndeplinirea sau încălcarea obligației de diligență și prudență, care include de asemenea elemente de bună-credință, va trebui dovedită. Având în vedere pârgă pe care legiuitorul a oferit-o în reglementarea bunei-credințe, respectiv prezumția îndeplinirii acesteia de către titularul obligațiilor fiduciare, am propus extinderea prezumției la obligația de diligență și prudență a administratorului societar, și pe cale de consecință, instituirea prezumției ca efect al regulii. Jurisprudența ar conferi astfel regulii efectul ei primar și administratorii de bună-credință ar beneficia de avantajele propuse în jurisprudența de origine. Odată răsturnată prezumția de diligență și prudență, se va răsturna și sarcina probei.

Apreciem totuși că privarea regulii judecătii de afaceri de unul dintre efectele sale nu reprezintă o invalidare a acesteia și nici nu demonstrează utilitatea redusă a instituției în dreptul român. Prin efectul aplicării textului legal și al verificării condițiilor regulii, administratorul de bună-credință nu va putea fi obligat să repare prejudiciul cauzat societății, acesta rămâne să fie suportat de societatea pe seama căreia el a luat decizia de afaceri. Consecințele unor erori de administrare vor fi suportate de acționarii sau asociații care și-au asumat riscul de afaceri și au renunțat la o parte din puterea lor.

Doctrina română include tradițional obligația de loialitate, alături de onestitate, fidelitate și corectitudine în conținutul bunei-credințe. Ne-am întrebat astfel de ce legiuitorul nu a optat pentru reglementarea obligației de diligență și prudență și pentru buna-credință ca obligații

fiduciare ale administratorului, loialitatea fiind în mod tradițional inclusă în buna-credință. Ca și structură, legiuitorul român a preferat modelul american al obligațiilor fiduciare clasice, obligația de diligență și prudență și obligația de loialitate. Spre deosebire de *common law*, unde buna-credință este absorbită de noțiunea vastă a loialității, abordarea din dreptul continental este opusă, respectiv loialitatea este inclusă în buna-credință și nu invers, ceea ce justifică existența celor două obligații fiduciare clasice în *common law*.

Capitolul VI surprinde particularitățile obligațiilor fiduciare în contexte specifice. În primul rând, am parcurs evoluția funcției administratorului neexecutiv prin evaluarea abordărilor legislative pentru care au optat unele state membre UE. Prin natura funcției lor, administratorii neexecutivi controlează riscurile determinate de dezechilibrele de informație dintre cei care dețin capitalul și cei care dețin controlul unei societăți, cu condiția îndeplinirii efective a obligației de supraveghere. Obligația de a construi strategia de afaceri și obligația de monitorizare, însoțită de obligația de a prelucra informațiile identificate ca urmare a acestei supravegheri continue, sunt de natura funcției administratorilor neexecutivi, însă nu de esența acesteia. România se numără printre puținele jurisdicții europene care nu includ printre obligațiile neexecutivilor supravegherea directorilor executivi. Majoritatea statelor determină standardele de conduită ale neexecutivilor în baza responsabilităților lor funcționale și a poziției în consiliul de administrație, însă stabilirea unui mecanism unitar de interpretare a standardului de diligență și prudență aplicabil rămâne o provocare a practicii judiciare.

În al doilea rând, am punctat particularitățile specifice în cazul fuziunilor și al achizițiilor, în cazul celor din urmă, atât din perspectiva administrației societății cumpărătoare, cât și a societății vânzătoare. Sesizând în această nișă un nivel ridicat de armonizare a legislațiilor statelor membre UE și pronunțate influențe de *common law*, am studiat abordarea *ex ante* și *ex post* a obligațiilor administrației și a artificierilor juridice create de practicieni. În opinia noastră, rolul consiliului de administrație în contextul fuziunilor și al achizițiilor și reglementarea măsurilor defensive sunt importante prin prisma răspunderii. Această răspundere este mai eficientă decât revocarea, care poate să nu fie agreată de toți acționarii societății cumpărătoare, și decât răspunderea pentru încălcarea obligațiilor fiduciare, care este dificil de probat și nu se bucură de o jurisprudență unitară. Observăm că legiuitorul european urmează modelul britanic de stimulare a administrației spre performanțe maxime în îndeplinirea atribuțiilor, și nu de a lupta pentru menținerea funcției. Totuși, prin implementarea diversificată a Directivei 2004/25/CE privind ofertele publice de cumpărare, măsurile defensive permise se regăsesc sub cele mai variate forme.

În al treilea rând, am tratat obligațiile tipice ale administratorilor societății în vecinătatea insolvenței, în vederea anticipării și minimizării riscului angajării răspunderii lor. După identificarea expresiilor obligației de diligență și prudență sporite în această perioadă dificilă pentru societate, am discutat beneficiarii obligațiilor fiduciare ale administratorului și aplicabilitatea regulii judecătii de afaceri în vecinătatea insolvenței. Apreciem că iminența insolvenței nu determină o veritabilă obligație de loialitate datorată de administrator creditorilor societății, în lipsa unui temei legal sau contractual care să stabilească un raport fiduciar între

aceștia. Apreciem că un administrator de bună-credință și rațional ar trebui să își orienteze deciziile de afaceri în această perioadă în sensul protejării intereselor creditorilor și a reîntregirii patrimoniului societății, pentru a răspunde în mod pragmatic riscului de a-i fi angajată răspunderea în cazul deschiderii procedurii insolvenței.

Pornind de la analiza naturii juridice a răspunderii civile a administratorilor, **capitolul VII** dezvoltă răspunderea administratorului față de societatea *in bonis* și față de terți. În urma unui studiu al jurisprudenței naționale și a celei din alte state membre UE, am nuanțat aspectele procedurale, remediile și sancțiunile în dreptul comparat. Prin studiul doctrinei de drept continental și de *common law*, am identificat mijloacele de limitare și înlăturare a răspunderii administratorilor pentru încălcarea obligațiilor fiduciare, atât în ceea ce privește răspunderea subiectivă cât și răspunderea obiectivă.

Complexitatea instituției răspunderii pentru încălcarea obligațiilor fiduciare se datorează naturii eterogene și imprecise a interesului superior al societății, pe care administratorul trebuie să îl vegheze și să îl avanseze în orice moment. Acțiunea în răspunderea administratorilor reprezintă un model mai simplu față de acțiunea *ut singuli*, deoarece este expresia voinței acționarilor cu interese și așteptări comune. Deși criteriul răspunderii agravate pentru care a optat legiuitorul român, respectiv *culpa levis in abstracto*, reprezintă un standard strict al profesionistului cu abilități specifice, solicitările de reparare a prejudiciului social sunt destul de rare, din cauza obstacolelor de natură procedurală și funcțională întâmpinate de acționarii minoritari ai societăților *in bonis*.

În ceea ce privește cauzele de limitare a răspunderii în dreptul român, obligația de loialitate, ca element al bune-credințe, nu poate fi înlăturată sau limitată convențional. Limitarea convențională a obligațiilor legale ale administratorului este valabilă dacă nu privește obligații stabilite prin norme imperative. Deși legea permite agravarea răspunderii prin contractul de administrare, apreciem că transformarea obligațiilor de mijloace în obligații de rezultat este invalidă.

În ceea ce privește mecanismul asigurării răspunderii pentru risc profesional am prezentat rezultatele studiului cu privire la asigurările oferite pe piața românească. Considerăm că asigurarea de risc profesional nu reprezintă o veritabilă limitare a răspunderii administratorilor, ci dimpotrivă, în urma angajării răspunderii civile delictuale sau contractuale și a stabilirii prejudiciului, va acoperi prejudiciul cert suferit de societate și stabilit de instanță. Asigurarea profesională reprezintă o limită improprie a răspunderii, deoarece nu împiedică angajarea răspunderii și sancționarea patrimonială a administratorului, spre deosebire de clauzele statutare sau contractuale de înlăturare a răspunderii, care au un efect exonerator cu privire la încălcarea obligațiilor. În cazul înlăturării convenționale a răspunderii, nu se va angaja răspunderea administratorului, iar prejudiciul material va fi suportat de societatea care și-a asumat voluntar riscul săvârșirii acelor acte. În ipoteza asigurării profesionale, prejudiciul cauzat societății va fi suportat de către administrator, prin asigurătorul său.

În ceea ce privește înlăturarea răspunderii subiective, regula judecății de afaceri este privită de doctrina română ca o cauză de exonerare a răspunderii administratorilor. În viziunea

noastră, îndeplinirea condițiilor regulii determină neîndeplinirea condițiilor răspunderii civile. Aceasta reprezintă o cauză pentru care, în ciuda unei culpe ușoare, răspunderea nu se va angaja, ci regula va determina ineficacitatea normei juridice referitoare la răspundere. Din aceste considerente, nu privim regula judecătii de afaceri ca pe o cauză exoneratoare, ci ca pe o cauză obiectivă de împiedicare a angajării răspunderii.

2. Concluziile tezei doctorale

În urma studiului doctrinar comparativ, constatăm că tendința în dreptul societar este convergența instituțiilor și flexibilizarea acestora. În vreme ce precedentul judiciar are o importanță tot mai mare în sistemul de drept civil, instanțele de *common law* au început să aibă în vedere tot mai des reglementările scrise și mecanismele de *soft law*. Presiunea legiuitorului european pentru armonizarea legislațiilor naționale ale statelor membre UE, în ceea ce privește serviciile financiare și dreptul societăților, a fost o oportunitate de confruntare a tradițiilor de drept continental și de *common law*, în contextul actual al diverselor conflicte de interese la nivel înalt în societățile multinaționale de pe piața europeană.

Apreciem că importurile legislative nu ar trebui privite ca exemple de succes sau eșecuri ale modernizării dreptului, deoarece transpunerile perfecte nu sunt posibile și nici dezirabile, iar importul unei instituții nu exprimă fezabilitatea importului unui întreg sistem. Apreciem oportună preluarea unor mecanisme din sisteme cu jurisprudență bogată, care au explorat anumite instituții care se impun în realitățile economice și a căror abordare este solicitată legiuitorului și instanțelor. În final, observând calificarea regulii judecătii de afaceri de către doctrina română ca o cauză de exonerare a administratorului societar, în baza studiului de drept comparat și a analizei jurisprudenței naționale, am extras concluziile cu privire la efectele primare ale regulii, respectiv fundamentul înlăturării răspunderii, raționamentele alocării sarcinii probei și interpretarea jocului prezumțiilor legale și judiciare.

IV. Bibliografie selectivă

Allen, W. T., Kraakman, R.: *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, ediția a 3-a, Ed. Wolters Kluwer Law and Business, New York, 2009.

Block, D. J., Barton, N. E., Radin, S. A.: *The Business Judgment Rule: Fiduciary duties of Corporate Directors*, ediția a 6-a, Ed. Wolters Kluwer, New York, 2017.

Bodu, S. V.: *Piața de capital. Legea nr. 24/2017 privind emitenții de instrumente financiare și operațiuni de piață*, Ed. Rosetti, București, 2018.

Catană, R. N.: *Dreptul Societăților Comerciale, Probleme actuale privind societățile pe acțiuni. Democrația acționarială*, Ed. Sfera, Cluj-Napoca, 2007.

Cărpenaru S., Piperea, Gh., David, S.: *Legea Societăților. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2014.

Cozian, M.: *Droit des sociétés*, Ed. Lexis Nexis, Paris, 2007.

- Davies, P., Worthington, S.: *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, ediția a 9-a, Ed. Sweet & Maxwell, Londra, 2012.
- Dumitrescu, H.: *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012.
- Fauvarque-Cosson, B., Mazeaud, D.: *European Contract Law - Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Ed. Sellier, München 2008.
- Fleischer, H.: *Gegenwartsfragen der Geschäftschancenlehre im Englischen und Deutschen Gesellschaftsrecht*, în volumul Taeger, J., Wiebe, A.: *Informatik – Wirtschaft – Recht. Regulierung in der Wissensgesellschaft*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 2004.
- Fleischer, A., Sussman, A. R., Weinstein, G.: *Directors' Fiduciary Duties in Takeovers And Mergers*, Ed. Wolters Kluwer, New York, 2017.
- Graziadei, M.: *Virtue and Utility. Fiduciary Law in Civil Law and Common Law jurisdictions*, ediția Gold & Miller, Ed. Oxford University Press, Londra, 2015.
- Grundmann, S.: *The evolution of trust and Treuhand in the 20th century*, ediția Richard Helmholz & Reinhard Zimmermann, Ed. Oxford University Press, Londra, 1998.
- Hauschka, C. E., Moosmayer, K., Lösler, T.: *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, ediția a 3-a, Ed. C.H. Beck, München, 2016.
- Hertig, G.: *Western Europe's Corporate Governance Dilemma, Corporations, Capital Markets, and Business in the Law*, Ed. Kluwer Law International, 2000.
- Hotca, M. A., Nemeș, V., Cărpenaru, S. D.: *Codul insolvenței comentat*, Ed. Universul Juridic, București, 2014.
- Hüffer, K.: *Großkommentar zum AktG*, ediția a 9-a, Ed. C.H. Beck, München, 2010.
- Malaurie, Ph., Aynes, L., Stoffel-Munck, Ph.: *Drept civil. Obligațiile*, volum tradus în limba română, Ed. Wolters Kluwer România, București, 2010.
- Pop, L., Popa, I. F., Vidu, S. I.: *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile conform Noului Cod Civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012.
- Prescure, T., Schiau, I.: *Legea societăților comerciale*, Ed. Hamangiu, București, 2009.
- Raiser, T., Veil, R.: *Recht der Kapitalgesellschaften*, Ed. C.H. Beck, München 2010.
- Sealy, L., Worthington, S.: *Cases and Materials in Company Law*, ediția a 8-a, Ed. Oxford University Press, Londra, 2007.
- Todică, C.: *Răspunderea juridică civilă a administratorului societății comerciale. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. Universitară, București, 2012.
- Valsan, R. D.: *Understanding Fiduciary Duties: Conflict of Interest and Proper Exercise of Judgment in Private Law*, McGill University Paper Studies, Montreal, 2012.