ANALIZA OBLIGAȚIEI DE COMPETENȚĂ ȘI DILIGENȚĂ A ADMINISTRATORULUI PERSOANEI JURIDICE

Mihai TRIBOI

CZU: 342.9:334 triboi.mihai9@gmail.com

The decision-making process involves taking risks, or the consequences of each decision are not always clear at the time of the decision-making act. In business, the most responsible for taking business risks is the executive office, because it plays a key role in corporate management. Therefore, the directors of legal entities must act in the way they consider, in good faith, to be the best way to achieve the legal interests of the company and must exercise the utmost care and diligence required from a good director in similar circumstances.

Obligația de competență și diligență și standardul unui bun administrator. Obligația de competență și diligență poate fi descrisă generic ca un mecanism juridic de guvernanță corporativă care stabilește un „prag minim" de prudență și atenție pe care un administrator trebuie să se bazeze atunci când își îndeplinește funcțiile sale manageriale [1, p. 16]. Astfel, conform art. 187 Cod civil al Republicii Moldova [2], *„[a]dministratorul trebuie să acționeze conform nivelului de competență și diligență corespunzătoare cunoștințelor, competenței și experienței pe care le deține, precum și celor care se pot aștepta de la un bun administrator".* Constatăm că obligația analizată este exprimată printr-un standard de conduită – *bun administrator*.

În România, conform art. 144[1] din Legea Societăților Comerciale [3], nivelul de competență așteptat de la administrator este definit identic ca și în Republica Moldova prin standardul de *bun administrator*. Norma menționată prevede că *„[m]embrii consiliului de administrație își vor exercita mandatul cu prudența și diligența unui bun administrator*". În doctrina românească, profesorul Lucian Bercea menționează faptul că administratorul societății nu ar trebui să se ridice la standardul diligenței și prudenței absolute [4, p. 29]. Ca criterii de definire a bunului administrator, doctrinarul român consideră că administratorul trebuie să acționeze cu bună-credință, în urma unei judecăți oneste și informate, urmărind scopul social, cu loialitate și exercitându-și puterile de administrare în interesul societății.

Administratorul trebuie să se informeze adecvat, dar nu exhaustiv. Informarea prealabilă luării deciziei trebuie să fie suficientă față de circumstanțele afacerii, adică să fie completă relativ, iar nu absolut. Astfel informat, administratorul trebuie să ia cu bună-credință decizia pe care o consideră cea mai bună pentru societate. În urma analizei mai multor lucrări doctrinare și jurisprudenței relevante, menționăm că standardul bunului administrator nu este unul pretențios, fiind bazat în principal pe o *judecată informată* și în *interesul societății*. Un caz al Curții Supreme de Justiție din Republica Moldova care descrie cel mai bine răspunderea administratorului pentru încălcarea obligației de a acționa competent este *Bemol Retail împotriva Thomas Moser și Alei Aydov* [5]. În cazul dat, s-a menționat că în urma controlului efectuat de colaboratorii ANRE au fost depistate un șir de abateri, care au influențat esențial rezultatul activității de comercializare a produselor petroliere ale companiei, inclusiv: sustragerea mijloacelor financiare disponibile cu acordarea împrumuturilor, preponderent fără dobânzi, sponsorizări și alte beneficii financiare în folosul unor terțe persoane, ceea ce a determinat contractarea unor împrumuturi care au generat cheltuieli suplimentare și ineficiente pentru dobânzi, comisioane și alte cheltuieli operaționale; pierderi/cheltuieli exagerate pentru închirierea benzinăriilor; pierderi din activitatea spălătoriilor auto; cheltuieli exagerate pentru personalul societății, în comparație cu alți agenți economici care operează pe piața petrolieră; cheltuieli excesive pentru deplasări etc. Instanța de fond, prin Hotărârea din 10 aprilie 2018 a admis parțial acțiunea depusă de către ÎCS „Bemol Retail" SRL și au fost încasate în beneficiul ÎCS „Bemol Retail" SRL prejudiciile cauzate prin fraude și *administrare ineficientă*.

Regula judecății de afaceri. Un aspect important al obligației de competență este regula judecății de afaceri (Engl. *Business Judgment Rule* – în continuare BJR). Pe scurt, BJR este o regulă importată din sistemele de *common law*, prin intermediul principiilor guvernanței corporative, având de la origini rațiunea de a proteja rolul central al administratorilor în procesul decizional al societăților comerciale, respectiv, pentru a încuraja administratorii să își asume riscuri în îndeplinirea mandatului și pentru a evita amestecul în deciziile de afaceri [6, p.412-414]. Regula a fost implementată în legislația

Republicii Moldova odată cu reglementarea obligației de competență și diligență la art. 187 CC RM. Conform alin. (2) din articolul menționat, „*[s]e consideră că administratorul nu încalcă obligația prevăzută la alin.(1) dacă, în momentul când acționează, este în mod rezonabil îndreptățit să considere că acționează în interesul persoanei juridice și că deține informații adecvate”.* Astfel, se consideră că dacă (i) administratorul a luat o decizie în exercitarea mandatului (ii) fiind loial și de bună-credință, (iii) în interesul persoanei juridice și (iv) fiind suficient de informat, atunci deciziile de afaceri nu trebuie să fie revizuite *ex post* de către instanțele de judecată. Sarcina probațiunii că a acționat cu competență și diligență îi aparține administratorului. Odată ce acesta probează condițiile menționate *supra,* el este protejat de BJR. Inițial însă persoana juridică reclamantă va proba elementele constitutive ale răspunderii civile: fapta prejudiciabilă, prejudiciul suferit și legătura cauzală. Putem menționa că BJR este o regulă atât de drept material, având ca efect limitarea faptei prejudiciabile, cât și o regulă de procedură, fiindcă instituie o sarcină a probațiunii pentru administrator.

Rațiunea regulii poate fi explicată prin următoarele argumente:

1. Analiza *ex post* a deciziilor de afaceri descurajează administratorii în asumarea de riscuri. În afaceri, veniturile obținute de către administrator sunt efectul direct al riscurilor asumate de către executiv. Odată ce administratorul va fi supus controlului judiciar pentru deciziile sale, acesta va deveni mai reticent în asumarea riscurilor.

2. Judecătorii nu sunt experți în afaceri. Cel mai des judecătorii sunt actori exclusiv ai sectorului justiției, neavând tangențe cu lumea afacerilor. Mai mult ca atât, fiecare afacere este diferită în felul său, fapt ce face imposibil de a cunoaște particularitățile fiecărei în parte. În acest context, se susține ideea că membrii organului superior ar prefera să își asume riscul luării unei decizii greșite de către un administrator, iar nu să suporte riscul unei erori judiciare [7, p. 412-414].

Referințe:

1. DAHLBERG, V. *Overcoming the Business Judgment Presumption in American Corporation Law*, Göteborg University, 2008.

2. Codul civil al Republicii Moldova nr. 1107 din 06.06.2002. În: *Monitorul Oficial,* nr. 82-86 art. 661 din 22.06.2002. Republicat în: *Monitorul Oficial*, nr.66-75 din 01.03.2019, art.132.
3. Legea României nr. 31 privind societățile comerciale din 16 noiembrie 1990, republicată. în: *Monitorul Oficial al României,* Partea I, până la 23 iunie 2010.
4. BERCEA, L. *Regula judecății de afaceri: despre noul regim al răspunderii administratorilor societății pe acțiuni.* În: *Pandectele Române 2007,* nr.8.
5. *Bemol Retail împotriva Thomas Moser și Alei Aydov.* Colegiul Civil, Comercial și Contecios Administrativ al Curții Supreme de Justiție. Încheiere la dosarul nr. 2ra-647/19 din 27 martie 2019.
6. BERCEA, L. Noi standarde de comportament în afaceri? Business judgment rule și răspunderea administratorilor pentru insolvența societăților comerciale. În: *Curierul judiciar,* 2014.
7. *Ibidem.*