

❖ Noțiuni introductive.

Înainte de a aborda tema privind strict răspunderea civilă a membrilor organelor de conducere în caz de insolvență este necesar să analizăm și să stabilim, înainte de toate, natura raportului juridic existent între societate și organele sale de conducere ca, mai apoi, să observăm care sunt efectele acestui raport juridic și să stabilim care este natura și întinderea răspunderii civile ce incumbă organelor de conducere care au contribuit ori se fac vinovate de starea de insolvență și care au generat un prejudiciu societății.

Totodată, se impune definirea tuturor noțiunilor incidente precum: insolvența, falimentul, membrii organelor de conducere, procedura generală, procedura simplificată, etc.

De asemenea, având în vedere confuziile întâlnite, atât în practica judiciară cât și în literatura juridică, cu privire în mod special la răspunderea administratorilor, în cele ce urmează vom arăta care este diferența dată de dispozițiile cuprinse în articolele 72 și 73 ale Legii¹ nr. 31/1990 față de dispozițiile art. 138 din Legea² nr. 85/2006 cu privire la răspunderea membrilor organelor de conducere.

Vom evidenția pe parcursul lucrării situațiile în care se va angaja răspunderea civilă, cui aparține această acțiune, termenul de prescripție al acțiunii în răspundere și alte câteva aspecte teoretice și practice întâlnite în doctrină și jurisprudență.

1. Delimitare termeni.

În înțelesul Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, termenii și expresiile de mai jos au următoarele semnificații:

a. **Insolvența**, potrivit art. 3 punct 1, este acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor exigibile.

Legiuitorul vorbește și de **insolvența prezumată** ca fiind **vadită** atunci când debitorul, după 30 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de unul sau mai mulți creditori, la pct. 1 litera a), în cadrul aceluiași articol. La pct. 1 litera b), legea vorbește **insolvența iminentă** care apare atunci când se dovedește că debitorul nu va putea plăti la scadență datoriile exigibile angajate, cu fondurile bănești disponibile la data scadenței.

b. **Procedura generală**. Potrivit art. 3 pct. 24, procedura generală reprezintă procedura prevăzută de prezenta lege, prin care un debitor care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 1 alin. (1), fără a le îndeplini simultan și pe

¹ Legea nr. 31 din 16/11/1990 privind societățile comerciale, Republicată în M.Of., Partea I nr. 1066 din 17/11/2004 cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52 din 30/04/2008.

² Legea nr. 85/2006 publicată în M. Of. Nr. 359 din 21/04/2006 cu modificările și completările ulterioare.

cele de la art. 1 alin. (2), intră, după perioada de observație, succesiv, în procedura de reorganizare judiciară și în procedura falimentului sau, separat, numai în reorganizare judiciară ori doar în procedura falimentului.

Cu alte cuvinte, procedura generală se aplică următoarelor categorii de debitori aflați în stare de insolvență, cu excepția celor prevăzuți la art. 1 alin. 2 litera c) și d): societăților comerciale, societăților cooperative, organizațiilor cooperatiste, societăților agricole și grupurilor de interes economic.

c. **Procedura simplificată.** Procedura simplificată, conform dispozițiilor art. 3 pct. 25, reprezintă procedura prevăzută de prezenta lege, prin care debitorul care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 1 alin. (2) intră direct în procedura falimentului, fie odată cu deschiderea procedurii insolvenței, fie după o perioadă de observație de maximum 60 de zile, perioadă în care vor fi analizate elementele arătate la art. 1 alin. (2) lit. c) și d). Astfel, această procedură se aplică acelor *comercianți* care fac parte din categoriile prevăzute la alin. (1) și îndeplinesc una dintre următoarele condiții: nu dețin nici un bun în patrimoniul lor ori actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite, administratorul nu poate fi găsit, ori sediul nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului și *debitorilor* care fac parte din categoriile prevăzute la alin. (1), care nu au prezentat documentele următoare prevăzute la art. 28 alin. (1) lit. b), c), e) și h) în termenul prevăzut de lege. Documentele sunt următoarele: *lista completă a tuturor bunurilor* debitorului care să includă toate conturile și băncile prin care debitorul își rulează fondurile, *lista a numelor și a adreselor creditorilor*, indiferent dacă sunt creanțele acestora certe sau sub condiție, lichide ori nu, scadente sau nu, contestate ori nu, arătându-se suma, cauza și drepturile de preferință, *lista a activitatilor curente* pe care intenționează să le desfășoare în perioada de observație sau *declarația* prin care debitorul își arată intenția de intrare în procedura simplificată.

d. **reorganizarea judiciară**, după cum stabilește legiuitorul în art. 3, pct. 20, este procedura ce se aplică debitorului, persoană juridică, în vederea achitării datoriilor acestuia, conform programului de plată a creanțelor. Procedura de reorganizare presupune întocmirea, aprobarea, implementarea și respectarea unui plan, numit plan de reorganizare, care poate să prevadă, împreună sau separat:

1. restructurarea operațională și/sau financiară a debitorului;
2. restructurarea corporativă prin modificarea structurii de capital social;
3. restrângerea activității prin lichidarea unor bunuri din averea debitorului.

e. prin **procedura falimentului** se înțelege, potrivit art. 3, pct. 23 din actuala reglementare, procedura de insolvență concursuală colectivă și egalitară care se aplică debitorului în vederea lichidării averii acestuia pentru acoperirea pasivului, fiind urmată de radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat.

f. **administratorul judiciar** este persoana fizica sau juridica, practician in insolventa, autorizat in conditiile legii, desemnat sa exercite atributiile prevazute la art. 20 in perioada de observatie si pe durata procedurii de reorganizare (art. 3, pct. 27).

g. **lichidatorul** este persoana fizica sau juridica, practician in insolventa, autorizat in conditiile legii, desemnata sa conduca activitatea debitorului si sa exercite atributiile prevazute la art. 25 in cadrul procedurii falimentului, atat in procedura generala, cat si in cea simplificata (art. 3, pct. 28).

h. **Creditorul îndreptățit să participe la procedura insolvenței**, potrivit art. 3 pct. 8 din Legea nr. 85/2006, este acel creditor care a formulat și i-a fost admisă, total sau în parte, o cerere de înregistrare a creanței sale pe tabelul definitiv al creanțelor contra debitorului și care are dreptul de a participa și de a vota în *adunarea creditorilor*, inclusiv asupra unui plan de reorganizare judiciară admis de judecătorul-sindic, de a fi desemnat în calitate de membru al comitetului creditorilor, de a participa la distribuțiile de fonduri rezultate din reorganizarea judiciară a debitorului sau din lichidarea averii debitorului, de a fi informat ori notificat cu privire la desfășurarea procedurii și de a participa la orice altă procedură reglementată de prezenta lege.

i. **Adunarea creditorilor** este alcătuită din totalitatea creditorilor cunoscuți care au anumite creanțe față de debitor³ din care fac parte și salariații debitorului, conform dispozițiilor art. 14 alin. 5 din lege. Adunării creditorilor nu are personalitate juridică.

j. **Comitetul creditorilor** este organul executiv al Adunării creditorilor și reprezintă interesul acestora în cadrul procedurii insolvenței.⁴ În actuala reglementare, Comitetul creditorilor îndeplinește mai multe atribuții în cadrul procedurii insolvenței, în raport cu dispozițiile vechii legi.⁵ este desemnat inițial de către judecătorul sindic iar mai apoi poate fi desemnat un alt comitet de către adunarea creditorilor dacă va întruni majoritatea necesară.⁶ Atribuțiile comitetului sunt statuate de art. 17 din prezenta lege.

2. Membrii organelor de conducere și supraveghere.

Voința socială a oricărei societăți comerciale, exprimată de adunarea generală, este adusă la îndeplinire prin acte ale persoanelor sau organelor anume învestite, care realizează conducerea societății.⁷

³ Ana Birchall, Procedura insolvenței – note de curs, ediția a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2007, p. 49.

⁴ Ana Birchall, op. cit., p. 52.

⁵ Idem, p. 51.

⁶ Art. 16 din Legea nr 85/2006.

⁷ S. Cârpenaru, Drept comercial român, Editura Universul Juridic, București, 2008, p. 231.

Deosebit de reglementarea anterioară⁸, actuala lege privind insolvența nu mai prevede expres care sunt organele sau funcțiile din cadrul societății a căror răspundere va putea fi antrenată în caz de insolvență.

Astfel, art. 138 alin (1) din Legea nr 85/2006 privind insolvența statuează că „La cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului, judecătorul-sindic poate dispune ca o parte a pasivului debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvență, să fie suportată de *membrii organelor de supraveghere* din cadrul societății sau de conducere, precum și de orice altă persoană care a cauzat starea de insolvență a debitorului, ...”.

Din interpretarea acestui text și în conformitate cu reglementările Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, înțelegem că, în funcție de fiecare tip de societate avem organe de conducere și de supraveghere specifice, pe care le vom evidenția în cele ce urmează.

Privitor la formularea ce privește „...*orice altă persoană care a cauzat starea de insolvență a debitorului...*”, putem spune, așa cum și practica judiciară a arătat⁹, că legiuitorul a dorit să extindă răspunderea și la acele persoane care administrează (conduc) societatea în fapt dar care nu îndeplinesc toate condițiile și toate formalitățile prevăzute de lege pentru a desfășura o astfel de activitate. Astfel că, și pentru aceste persoane, temeiul de drept privind răspunderea civilă este dat tot de art. 138 alin 1 din Legea 85/2006.

Tot din această categorie de alte persoane credem că fac parte și acționarii sau asociații, șefii de servicii financiare, contabili care se fac vinovați de producerea stării de insolvență.

Administratorul. Consiliul de administrație.

Cu privire la administrarea și conducerea societăților comerciale, Legea 31/1990 cuprinde dispoziții privind fiecare formă de societate.

1. Astfel, în *societatea în nume colectiv*, gestiunea societății este asigurată de unul sau mai mulți administratori. Administratorii sunt numiți prin actul constitutiv sau de către asociații care reprezintă majoritatea absolută a capitalului social. Potrivit art. 77 din Legea 31/1990, administratorii sunt aleși dintre asociații societății și cu aceeași majoritate li se vor fixa puterile administratorilor.

2. În societatea în *comandită simplă*, administrarea este dată în sarcina unuia sau mai multor asociați comandați (art. 88 din Legea 31/1990).

3. În societatea în *comandită pe acțiuni*, societatea este administrată de unul sau mai mulți administratori care nu pot fi decât asociați comandați (art. 188).

⁸ Legea nr 64/1995 publicată în M.Of. nr. 130/29 iun. 1995 și abrogată prin Legea nr. 85/2006.

⁹ Administratorul de fapt.

4. **Societatea cu răspundere limitată** administrarea este asigurată de unul sau mai mulți administratori, asociați sau neasociați, numiți prin actul constitutiv sau de către adunarea generală, potrivit art. 197 din Legea 31/1990.

Ca atare, potrivit prevederilor legale, administrarea oricărei societăți este dată în sarcina unuia sau mai multor administratori.

Directoratul. Consiliul de supraveghere

Pentru **societățile pe acțiuni**, actuala reglementare cuprinde mai multe dispoziții.

a. *În sistem unitar.* Societatea pe acțiuni este administrată de unul sau mai mulți administratori, numărul lor necesar să fie impar, și constituie un consiliu de administrație, în caz de pluralitate de administratori (art. 137 din Legea 31/1990). Potrivit art. 143 din lege, consiliul de administrație poate delega conducerea societății unuia sau mai multor directori, numind pe unul dintre aceștia director general.

b. *În sistem dualist.* Prin actul constitutiv al societății se poate stabili că societatea va fi condusă de către un directorat și de către un consiliu de supraveghere, în conformitate cu dispozițiile art. 153 din Lege.

Directoratul este cel căruia îi revine, în sistem dualist, conducerea societății și îndeplinește, conform dispozițiilor art. 153¹, actele necesare și utile pentru realizarea obiectului de activitate al societății, cu excepția celor date de lege în sarcina consiliului de supraveghere sau în sarcina adunării generale a acționarilor. Membrii directoratului sunt desemnați de către consiliul de supraveghere.

De asemenea, răspunderea membrilor directoratului va fi angajată și ea în baza contractului de mandat și a legii, dat fiind faptul că obligațiile acestora își au izvorul în contractul de mandat și în lege (art. 153² alin 6).

Directoratul reprezintă societatea în raport cu terții și în justiție (art. 153³ alin 1).

Consiliul de supraveghere reprezintă societatea în raporturile cu directoratul. Membrii consiliului sunt numiți prin actul constitutiv sau de către adunarea generală (art. 153⁶ din Legea 31/1990) iar principala activitate a acestui organism este de a exercita controlul permanent asupra conducerii societății de către directorat (art. 153⁹ alin 1 lit. a).

În caz de pluralitate de administratori, legiuitorul a prevăzut ca doar în cazul societăților pe acțiuni și a celor în comandită pe acțiuni pluralitatea acestora să fie organizată conform prevederilor legale, sub forma unui organ colegial, nu și în cazul celorlalte societăți.

În mod obișnuit, în calitate de administrator este numită o persoană fizică dar Legea 31/1990 permite și unei persoane juridice - pentru societățile pe acțiuni - să fie numită drept administrator dar, în acest caz, aceasta este obligată să-și desemneze

un reprezentant personal, persoană fizică, prin care să își îndeplinească funcția de administrator (art. 153¹³ alin. 2).

Persoana fizică ce reprezintă pe administratorul persoană juridică se va supune aceluiași condiții și va răspunde civil și penal ca și un administrator sau membru al consiliului de supraveghere, persoană fizică, ce acționează în nume propriu, potrivit dispozițiilor aceluiași articol, fără ca persoana juridică să fie exonerată de răspundere, între administrator persoană juridică și reprezentantul său existând astfel o răspundere solidară (art. 153¹³ alin. 2).

O problemă controversată în literatura juridică este cea privind natura juridică a raporturilor dintre societate și administrator.¹⁰

În concepția clasică a dreptului comercial, raporturile dintre administrator și societate au fost considerate raporturi ce au ca izvor mandatul de drept comun.¹¹

În doctrina modernă, dat fiind faptul că vechile reglementări privind mandatul administratorului au fost abrogate (art. 122 și art. 123) și ținând cont de complexitatea funcției de administrator dar și de scopul societăților comerciale, au fost formulate alte opinii în legătură cu natura juridică a raporturilor dintre societate și administrator.

Astfel, avându-se în vedere exigențele de ordine publică privind mandatul administratorului, s-a spus¹² că mandatul administratorului nu mai este unul pur și simplu ci unul cu conținut legal, asemănător cu mandatul tutorelui.

Au mai fost opinii care afirmau fie faptul că administratorul este un organ al societății fie că raportul acestuia cu societatea este de natura unui contract de muncă¹³. Nici una din aceste teorii nu a fost primită.

Într-o altă opinie, susținându-se faptul că atribuțiile administratorului sunt stabilite de lege și de actele constitutive ale legii, se evidențiază rolul pe care legea îl are în determinarea îndatoririlor administratorului dar, după unii autori, astfel se minimalizează rolul voinței asociaților.

Plecând de la dispozițiile art. 72 din Legea 31/1990 care arată că: „Obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și cele special prevăzute în această lege.”, alți autori afirmă că raportul dintre administrator și societate este unul de mandat, contractul fiind unul comercial întrucât parte a mandatului este o societate comercială.¹⁴ Conform acestei opinii, raportul nu este unul de reprezentare deoarece, potrivit legii, contractul de mandat poate fi cu sau fără reprezentare.

¹⁰ S. Cărpenaru, op. cit., p. 238.

¹¹ Ibidem.

¹² S. Cărpenaru, op. cit., p. 239.

¹³ Critica acestei teorii în O. Căpățână, rev. Dreptul, nr. 9-12/1990, p. 14-15.

¹⁴ S. Cărpenaru, op. cit., p. 239.

Cât privește conținutul mandatului, acesta se stabilește în primul rând prin contract, dar el nu poate fi exclusiv contractual ci trebuie să corespundă cerințelor legale stabilite prin Legea 31/1990 – legea societăților comerciale.

Astfel, natura juridică a raportului dintre administrator și societate este dublă: contractuală și legală.¹⁵ Această calificare ne îndreptățește să afirmăm că și răspunderea administratorului față de societate se va stabili în funcție de îndatoririle sale contractuale, de puterea ce i-a fost conferită prin actul constitutiv sau de către adunarea generală, și de cele stabilite de legiuitor în sarcina acestuia.

De aici tragem concluzia că răspunderea administratorului nu poate fi una delictuală față de societate ci una specială – izvorâtă din lege – și o răspundere contractuală ce are drept izvor contractul de mandat. Privitor la această chestiune vom face referiri mai ample în cadrul secțiunii dedicate strict răspunderii administratorilor.

Cenzorii. Auditorii financiari.

Pentru buna administrare a unei societăți comerciale este necesar să fie asigurat un control asupra actelor și operațiunilor realizate de organele de administrare și conducere ale societății.

În funcție de forma de societate, controlul se realizează în mod diferit. Astfel, în societățile pe acțiuni, în comandită pe acțiuni și în societățile cu răspundere limitată controlul se realizează de către organe specializate precum cenzorii societății și auditorul financiar.

În cadrul societăților în nume colectiv și în comandită simplă controlul este realizat de către asociați.

Cenzorii societății sunt desemnați în condițiile legii, așa cum dispune prin art. 160 alin (3) și art. 161 din Legea 31/1990. Potrivit art. 161 alin (1), cenzorii pot fi numiți dintre acționari, respectiv asociați, cu excepția cenzorului expert contabil care poate fi un terț ce exercită profesia individual sau în forme asociative.

Asemeni administratorului, cenzorul își desfășoară și el activitatea în baza unui mandat și în baza legii.

Una din principalele obligații ale cenzorilor este cea privitoare la gestiunea societății și anume obligația de supraveghere, de verificare a situațiilor financiare, a registrelor societății – dacă sunt legal întocmite și ținute cu regularitate (art. 163 alin. 1 din Legea 31/1990).

În urma verificărilor aceștia sunt obligați să prezinte un raport amănunțit adunării generale. Prezentarea acestui raport este foarte importantă deoarece în lipsa acestuia adunarea generală nu va putea aproba situația financiară anuală a societății (art. 163 alin. 3 din Legea 31/1990).

¹⁵ Idem, p. 240.

De asemenea, potrivit art. 163 alin 5, cenzorii au obligația să comunice membrilor consiliului de administrație sau chiar adunării generale despre neregulile în administrație, despre încălcări ale legii sau ale actului constitutiv al societății.

Astfel, în urma nerespectării acestor obligații sau a încălcării lor, cenzorii vor fi răspunzători față de societate dacă prin aceasta se va aduce un prejudiciu societății.

Auditorii financiari. Potrivit O.U.G. nr. 75/1999 privind activitatea de audit financiar, *auditul financiar* reprezintă activitatea de verificare a situațiilor financiare ale societăților comerciale de către auditori financiari, în conformitate cu prevederile internaționale.

Auditorul financiar este persoana fizică sau juridică ce dobândește această calitate prin atribuire de către Camera Auditorilor Financiari din România, în condițiile ordonanței mai sus menționate.

Auditorul financiar își exercită activitatea în mod independent față de societatea auditată. Are aceleași îndatoriri față de societate ca și cenzorul, potrivit art. 163 din Legea 31/1990 iar răspunderea acestuia va fi angajată în aceleași condiții.¹⁶

În cazurile în care legea nu prevede necesitatea unui control specializat asupra gestiunii societății, acest control este realizat de către *asociați*.

Astfel, în societatea în nume colectiv, în comandită simplă și în societatea cu răspundere limitată, fiecare dintre asociați, care nu este și administrator, va exercita dreptul de control asupra gestiunii societății (art. 199 alin 5, din Legea 31/1990).

În cazurile în care organele de conducere sau de supraveghere au mai mulți membri, Legea 31/1990 prevede anumite reguli speciale.

Spre exemplu, în caz de pluralitate a administratorilor legiuitorul prevede o anumită organizare a activității și reglementează modul în care se iau deciziile. Astfel că și răspunderea acestora va fi angajată diferit, în funcție de existența sau nu a solidarității privind îndeplinirea anumitor îndatoriri specifice mandatului lor, în funcție de prevederile legale în anumite situații de la care nu se poate deroga prin convenție contrară. În acest sens avem în vedere prevederile art. 73 din Legea 31/1990 care prevede o răspundere solidară pentru administratori, în cazurile prevăzute expres de text (art. 73 alin 1, pct. a. – e.).

Astfel, în funcție de modul în care este organizat organul de conducere sau de supraveghere și în limitele stabilite de legiuitor, membrii acestor organe vor răspunde în limita mandatului și a legii privitoare la mandatul acestora și în cazurile strict prevăzute de art. 138 alin (1) din Legea nr 85/2006 privind insolvența, de la pct. a) la g).

¹⁶ S. Cărpenaru, op. cit., p. 255.

3. Răspunderea civilă. Noțiune.

În definirea răspunderii, *ab initio*, trebuie făcută o anumită opțiune privind premisele, funcțiile și fundamentul acesteia.

Doctrina majoritară românească pleacă de la *realitatea faptei ilicite*, ca premisă, afirmându-se că numai o faptă ilicită poate să atragă după sine răspunderea civilă delictuală pe care o definește ca o sancțiune¹⁷ specifică dreptului civil, aplicată faptei ilicite cauzatoare de prejudicii.¹⁸

Diferit de doctrina românească, definiția dată răspunderii civile de cea franceză pleacă de la *realitatea daunei*, afirmându-se că o persoană este civilmente responsabilă atunci când este ținută să repare o daună suferită de altul sau că o persoană este responsabilă de fiecare dată când trebuie să repare o pagubă sau este definită ca obligația de a repara paguba pricinuită altuia.¹⁹

Prin ea însăși, răspunderea civilă este definită ca „obligația celui care a cauzat altuia un prejudiciu, printr-o faptă ilicită extracontractuală care îi este imputabilă, de a repara astfel paguba pricinuită²⁰”.

De cele mai multe ori, răspunderea civilă este subsumată conceptului larg de răspundere juridică, cea din urmă fiind definită drept „un complex de drepturi și obligații conexe care, potrivit legii, se naște ca urmare a săvârșirii unei fapte ilicite și care constituie cadrul de realizare a constrângerii de stat prin aplicarea sancțiunilor juridice, în scopul asigurării stabilității raporturilor sociale și al îndrumării membrilor societății în spiritul respectării ordinii de drept²¹”.

Ca raport juridic, răspunderea civilă apare ca o răspundere în acțiune declanșată de o conduită vinovată ce trebuie sancționată, pentru ca astfel să fie avertizat autorul faptei în vederea conduitei sale viitoare, devenind astfel un mijloc de reeducare a cetățenilor, realizând totodată și prevenția²².

Prin universalitatea sa, instituția răspunderii depășește sfera dreptului, ea fiind o instituție proprie societății ca atare²³. Astfel, problematica răspunderii se ridică în orice segment de activitate omenească, drept o sancțiune generală a tuturor normelor de conduită, inclusiv a tuturor regulilor de drept, iar respectarea acestor norme de conduită constituie o necesitate vitală, știut fiind faptul că în marea lor majoritate acțiunile umane sunt susceptibile să genereze răspundere²⁴.

În cadrul răspunderii juridice, ocupând un loc central, răspunderea civilă are caracter de drept comun în raport cu răspunderea ce se antrenează după normele ce

¹⁷ C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, op. cit., p. 126.

¹⁸ S. Neculaescu, *Reflecții privind fundamentul răspunderii civile delictuale*, în rev. Dreptul nr. 2/2007, p. 37.

¹⁹ Idem, p. 36.

²⁰ M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Editura Academiei, București, 1972, p. 7.

²¹ M. Costin, *O încercare de definire a noțiunii răspunderii juridice*, în R.R.D. nr. 1/1970, p. 83.

²² C. Stătescu, C. Bîrsan, op. cit., p. 136.

²³ Gh. Vintilă, *Daunele morale. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Editura Hamangiu, București, 2006, p. 2.

²⁴ M. Costin, op. cit., p. 75.

aparțin tuturor celorlalte ramuri de drept, constituind un complement necesar al acestor forme de răspundere juridică.²⁵

Gradul de generalitate al principiilor și regulilor sale evidențiază importanța răspunderii civile, așa explicându-se și faptul că pentru cazuri noi, nereglementate încă, în care se pune problema reparării unui prejudiciu, altele decât cele avute în vedere de legiuitorul român din secolul trecut și pentru care nu există reglementare expresă specială, se recurge la dispozițiile de principiu ale răspunderii civile, consacrate de art. 998 și art.999 Cod civil, incidente astfel pentru orice activitate prejudiciabilă.²⁶

Având în vedere importanța socială a răspunderii juridice, ea a fost preluată și reglementată în mai toate statutele profesionale, îmbrăcând forme specifice fiecărei profesii. Astfel, vorbim astăzi de răspunderea funcționarului public, de cea a cadrului didactic, de răspunderea avocatului și alte asemenea. În conținutul răspunderii juridice pentru fiecare dintre profesii este cuprinsă și răspunderea civilă, stabilindu-se limitele și condițiile în care aceasta va fi angajată, derogându-se, mai mult sau mai puțin de la dreptul comun.

În reglementarea de drept comun, pentru a fi angajată răspunderea civilă, după cum se afirmă în doctrină²⁷, este necesar a fi îndeplinite cumulativ următoarele condiții: să existe un prejudiciu; să existe o faptă ilicită; să existe un raport de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciu iar fapta să fie săvârșită cu vinovăție.

În dreptul românesc, întregul edificiu al răspunderii civile, în toate formele ei, este așezat pe fundamentul culpei.

În afară de răspunderea pentru fapta proprie, Codul civil, în articolele următoare instituie și răspunderea pentru fapta altuia, discuții ce vor fi făcute într-o altă secțiune.

În literatura juridică s-a remarcat distincția dintre răspunderea civilă și cea patrimonială sau materială, ultimele două fiind condiționate de existența unui *contract de muncă și crearea unui prejudiciu angajatorului, pentru care vinovatul răspunde cu propriul său patrimoniu, în acest caz fiind vorba de un raport de prepușenie.*

4. Reglementarea răspunderii civile a organelor de conducere a societății.

Așa cum reiese din reglementările în vigoare ale celor două legi, cea privind societățile comerciale și cea privind insolvența, putem vorbi de două tipuri de răspundere (civilă):

- i. O răspundere generală ce are ca izvor contractul de mandat și Legea nr. 31/1990 care stabilește condițiile și limitele mandatului și

²⁵ Gh. Vintilă, *op. cit.*, p. 3.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Idem, p. 144.

ii. O răspundere în caz de insolvență de care se pot face vinovate organele de conducere în cazurile expres prevăzute de art. 138 alin (1) din Legea nr. 85/2006 privind insolvența.

Luând în considerare faptul că atât în literatura de specialitate cât și în practica judiciară se fac confuzii între cele două tipuri de răspundere, în cele ce urmează vom face o delimitare a acestora pentru a stabili natura juridică a fiecărui tip de răspundere.

Dat fiind faptul că răspunderea membrilor organelor de conducere se angajează în mod similar cu cea a administratorului societății, în cele ce urmează vom aborda răspunderea civilă din perspectiva funcției de administrator, urmând a fi extrapolată, cu specificul de rigoare, și la ceilalți membri ai acestora.

În ceea ce privește răspunderea organelor de supraveghere, vom face o analiză separată.

I. Delimitarea răspunderii civile a administratorilor conform Legii 31/1991 de cea reglementată prin Legea 85/2006 a insolvenței.

a. Fundamentul răspunderii juridice a administratorului. Natura juridică a raportului dintre societate și administrator.

Răspunderea civilă a administratorilor, în lumina Legii nr. 31/1990, potrivit dispozițiilor art. 72 din lege, este supusă regulilor privitoare la mandat și dispozițiilor speciale prevăzute în această lege.²⁸

Din dispozițiile acestei legi conchidem că răspunderea administratorilor este una diferită²⁹, specială, cu un temei clar, stabilit de legiuitor. Astfel răspunderea acestora, în opinia noastră, este una de natură contractuală dar în limitele stabilite de lege. Așa considerăm că trebuie înțeles textul art. 72 din lege, pentru a nu minimaliza în nici un fel rolul voinței asociaților în stabilirea atribuțiilor și puterilor conferite administratorului.

Minimalizarea rolului voinței asociaților a fost critica adusă concepției potrivit căreia îndatoririle administratorului sunt stabilite de lege și de actele constitutive ale societății, în care rolul principal îl are legea.³⁰

Dacă avem în vedere considerentele de ordine publică, așa cum s-a afirmat, atunci trebuie să acceptăm faptul că legiuitorul a dorit să intervină în stabilirea granițelor în care trebuie să-și desfășoare activitatea administratorul. Mai mult decât atât, tot legiuitorul stabilește că obligațiile și răspunderea administratorilor se supun regulilor mandatului și Legii 31/1990.

²⁸ Art. 72. - Obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute în această lege.

²⁹ S. Cărpenaru, op. cit, p. 246.

³⁰ Idem, p. 239.

Ca atare, faptul că legiuitorul stabilește anumite îndatoriri de la care un administrator nu se poate abate fără să atragă asupra sa răspunderea, nu afectează în nici un mod realizarea acordului de voință dintre societate și administrator. Mai mult decât atât, ca orice clauză contrară unor norme imperative, dacă în contractul de mandat va fi prevăzută o clauză care este contrară unei îndatoriri stabilite imperativ de legiuitor, atunci acea clauză va fi considerată nulă absolut.

Ceea ce dorim să arătăm este următorul fapt: contractul de mandat al unui administrator este unul special care, pe lângă atribuțiile, obligațiile și răspunderea stabilite conform voinței părților, mai are și alte îndatoriri stabilite de lege. Acestea pot fi inserate, sau nu, chiar de către părți în contractul de mandat. Chiar și în situația în care acestea nu sunt avute în vedere de părți la momentul realizării acordului de voință, considerăm că acestea sunt cunoscute, sau cel puțin ar trebui cunoscute, de către părți la momentul încheierii contractului. Astfel, limitele impuse de legiuitor, specifice acestui contract, nu sunt de natură să afecteze voința părților și nici să schimbe natura contractuală a mandatului.

Cu toate acestea, problema naturii raporturilor juridice dintre administrator și societate este controversată în literatură și, ca atare, și opiniile privind răspunderea civilă sunt diferite.

S-a afirmat faptul că prin nerespectarea obligațiilor izvorâte din contractul de mandat, se va angaja o răspundere civilă contractuală (de natură comercială) a administratorului iar pentru nerespectarea obligațiilor prevăzute de lege, se va angaja răspunderea civilă delictuală a acestuia³¹. Cu alte cuvinte, prin încălcarea îndatoririlor privind exercitarea funcției de administrator se vor aplica două instituții diferite, diferența fiind dată de izvorul obligațiilor.

Este adevărat că încălcarea unei îndatoriri legale atrage răspunderea delictuală, dar această îndatorire trebuie să fie una generală, care revine fiecărei persoane³². Vorbim, în acest caz de o obligație generală negativă de a nu aduce atingere unui drept subiectiv al persoanei – o obligație *erga omnes*. Ori, în cazul obligațiilor administratorilor și al celorlalte organe de conducere, deși sunt îndatoriri legale, ele revin doar membrilor organelor de conducere, ceea ce vine să întărească opinia potrivit căreia, indiferent de izvorul lor, aceste obligații nu schimbă cu nimic natura contractuală a raportului dintre administrator și societate și prin urmare, răspunderea este și ea una contractuală.

Cu atât mai mult cu cât, după cum se afirmă în literatura juridică, răspunderea contractuală ia naștere ca urmare a încălcării obligațiilor conținute de contract dar, conținutul contractului trebuie înțeles în sens larg³³. Astfel, și în cazul de față, în

³¹ S. Cărpenaru, op. cit., p.

³² C. Stătescu, C. Bîrsan, op. cit, p. 136.

³³ Idem, p. 137.

afara clauzelor expres prevăzute în contract, trebuie avute în vedere și urmările pe care echitatea, obiceiul sau legea le dă obligațiilor³⁴, după natura lor (970), dar și îndatoririle pe care legiuitorul le-a stabilit cu privire la îndeplinirea funcției de administrare.

Îndiferent de izvorul lor, îndatoririle unui administrator sunt cele ale unei singure funcții, ale unui anumit tip de activitate pentru care legiuitorul a stabilit un cadru mai strict pentru exercitarea ei.

Credem că, așa cum legiuitorul stabilește un anumit cadru legal pentru încheierea anumitor contracte, cadru pe care părțile trebuie să-l respecte³⁵, tot astfel Legea 31/1990 stabilește cadrul legal pentru contractul de mandat al administratorului. După cum am afirmat și mai sus, chiar prin art. 72 din Legea 31/1990 ne face trimitere la contractul de mandat și totodată pune pe picior de egalitate legea și mandatul.

Dacă astfel, după cum s-a afirmat în literatură, putem vorbi de o dublă natură juridică sau numai de una (fie contractuală fie legală), este de discutat.

Dacă privim lucrurile prin prisma modului în care se realizează acordul de voință și ținând cont de faptul că îndatoririle stabilite de lege în sarcina administratorului fiind norme care privesc ordinea publică ele trebuie cunoscute de părți la încheierea contractului, atunci am putea spune că natura juridică a răspunderii este una strict contractuală.

Dacă plecăm de la analiza de text a art. 72 din Legea 31/1990 care ne face trimitere la mandat, atunci am putea spune că natura juridică a raportului juridic este una legală, își are izvorul în lege și în mod subsidiar în contractul de mandat.

Indiferent cum privim lucrurile, fie că vorbim de o dublă natură juridică, fie numai de una singură, oricare din îndatoriri alcătuiește tabloul întreg al funcției de administrator. Prin călcarea oricăreia din obligațiile ce-i incumbă (în virtutea legii sau a mandatului), tot o îndatorire se încalcă. Orice administrator este dator să-și îndeplinească funcția depunând toate diligențele pentru realizarea scopului societății pe care o administrează.

Astfel, putem vorbi de o răspundere civilă specială (unii autori propun a fi denumită: *răspundere societară*³⁶), care are reglementare expresă³⁷ și ca atare nu putem vorbi de o răspundere civilă delictuală. Orice faptă săvârșită de un administrator, în calitatea sa de administrator, chiar încălcând cu intenție îndatoririle ce-i incumbă, nu excede cadrului profesional.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Contractele numite.

³⁶ M. Danil, Câteva probleme ale funcționării și administrării societăților comerciale, în Revista Română de Drept comercial nr. 3/1993, p. 89.

³⁷ În Legea 31/1990 privind societățile comerciale.

Acționând în dauna societății, în calitate de administrator, societatea va răspunde pentru actele îndeplinite de acesta³⁸. Desigur că nu ne referim la acele situații în care societatea a făcut cunoscute față de terți atribuțiile și întinderea puterilor administratorului. Dar chiar și în aceste cazuri, trebuie ținut cont de faptul că publicarea actului constitutiv nu poate constitui, singură, dovada cunoașterii.

De asemenea, s-a spus³⁹, se impune conceperea unui regim comun de răspundere al tuturor organelor de conducere, regim oarecum prefigurat de legea societăților comerciale.

În raport cu cele de mai sus și cu art. 155 din Legea 31/1990, răspunderea administratorului este una subsidiară iar acțiunea în răspundere, atâta timp cât societatea își desfășoară activitatea în mod normal, aparține adunării generale.

Potrivit alineatului 2 al art. 73 din Lege, acțiunea în răspundere împotriva administratorilor aparține și creditorilor societății dar o vor putea exercita doar în cazul deschiderii procedurii de insolvență și în condițiile stabilite de legea în vigoare.

Putem conchide astfel că fundamentul răspunderii civile a administratorului este unul singur: încălcarea îndatoririlor funcției sale pe care și-o îndeplinește în baza contractului de mandat și în condițiile legii.

Același fundament stă și la baza răspunderii administratorilor în caz de insolvență dar numai în condițiile expres prevăzute de Legea nr. 85/2006, Legea nr. 31/1990 reprezentând dreptul comun în materia răspunderii.

b. Răspunderea administratorilor în caz de insolvență.

Temeiul de drept al acestei răspunderi este dat de art. 138 din Legea nr. 85/2006 care prevede, la alin (1) că: *„La cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului, judecătorul-sindic poate dispune ca o parte a pasivului debitorului, persoana juridica, ajuns in stare de insolventa, sa fie suportata de membrii organelor de supraveghere din cadrul societatii sau de conducere, precum si de orice alta persoana care a cauzat starea de insolventa a debitorului...”* printr-una din faptele expres și limitativ⁴⁰ prevăzute de lege (pct. a – g).

Potrivit dispozițiilor textului de mai sus, se va angaja răspunderea administratorului dacă acesta, prin săvârșirea uneia sau mai multor fapte prevăzute de text a generat starea de insolvență societății pe care o administrea.

³⁸ Art. 55 din Legea 31/1990 privind societățile comerciale alin (1):” În raporturile cu terții, este angajată prin actele organelor sale, chiar dacă aceste acte depășesc obiectul de activitate al societății, în afară de cazul în care ea dovedește că terții cunoșteau sau, în împrejurările date, trebuiau să cunoască depășirea acestuia ori când actele astfel încheiate depășesc limitele puterilor prevăzute de lege pentru organele respective. Publicarea actului constitutiv nu poate constitui, singură, dovada cunoașterii.

³⁹ M. Danil, op. cit., p. 89.

⁴⁰ A. Birchall, op. cit., p. 215.

Ca atare, răspunderea administratorului, ca și a membrilor celorlalte organe de conducere sau de supraveghere, în caz de insolvență derogă de la regula instituită prin art. 72 din Legea 31/1990 pentru că aceștia vor răspunde, în situația în care se deschide procedura insolvenței, doar dacă au săvârșit cel puțin una din următoarele fapte:

- a) au folosit bunurile sau creditele persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane;
- b) au făcut acte de comerț în interes personal, sub acoperirea persoanei juridice;
- c) au dispus, în interes personal, continuarea unei activități care ducea, în mod vadiț, persoana juridică la încetarea de plăți;
- d) au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea;
- e) au deturnat sau au ascuns o parte din activul persoanei juridice ori au marit în mod fictiv pasivul acesteia;
- f) au folosit mijloace ruinatoare pentru a procura persoanei juridice fonduri, în scopul întârzierii încetării de plăți;
- g) în luna precedentă încetării plăților, au plătit sau au dispus să se plătească cu preferința unui creditor, în dauna celorlalți creditori.

Astfel, această răspundere este și ea una specială. Se angajează doar în condițiile stabilite de art. 138, așa cum sunt arătate expres de legiuitor.

Cu alte cuvinte, se va pune problema răspunderii organelor de conducere ori de câte ori vor săvârși cel puțin una din aceste fapte prevăzute de legiuitor și vor îndeplini cumulativ și celelalte condiții lae răspunderii, așa cum vom evidenția în cele ce urmează.

Condițiile generale ale răspunderii.

Instituția răspunderii civile delictuale, așa cum a fost ea construită de doctrină, a constituit cadrul general pentru fiecare alt tip de răspundere civilă din toate celelalte ramuri de drept și pentru diferitele categorii profesionale.

De fiecare dată, în literatura juridică și în practica judiciară, atunci când se stabilesc condițiile răspunderii civile pentru o anumită categorie profesională, se face trimitere la condițiile generale ale răspunderii civile delictuale.

Astfel, așa cum am arătat⁴¹, este necesar a fi îndeplinite cumulativ următoarele condiții: să existe un prejudiciu; să existe o faptă ilicită; să existe un raport de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciu iar fapta să fie săvârșită cu vinovăție.

⁴¹ Punctul 3, p. 12.

Fapta care angajează răspunderea. După cum am arătat mai sus, oricare din faptele enumerate limitativ și expres de legiuitor sunt de natură să angajeze răspunderea administratorului și a oricărui alt organ de conducere.

Trebuie să precizăm că în cazul administratorului, în condițiile în care a transmis altei persoane una din atribuțiile sale, credem că dacă acea persoană va săvârși ea însăși una din faptele prevăzute de art. 138, administratorul va răspunde solidar cu aceasta, întrucât administratorului îi revine obligația de supraveghere a efectuării acestor acte de către cel desemnat, în virtutea mandatului general ce i-a fost dat de către societate.

Cu atât mai mult va fi răspunzător administratorul în cazul în care își substituie fără drept o persoană care să-i îndeplinească atribuțiile (art. 71 alin. 3 din Legea 31/1990)⁴². Răspunderea este una solidară față de societate.

Totodată, pe lângă administrator, pentru aceeași faptă săvârșită de acesta, se vor face răspunzători și membrii organelor de supraveghere, într-o răspundere solidară. Argumentele le vom dezvolta în secțiunea privind răspunderea organelor de supraveghere.

Faptele ce pot atrage răspunderea sunt, așa cum observăm, atât comisive cât și omisive.

Prejudiciul. Pe lângă fapta expres și limitativ prevăzută de art. 138, o altă condiție necesară pentru angajarea răspunderii este prejudiciul a cărui existență și întindere trebuiesc dovedite.

Din tăcerea legii se naște, și cu privire la acest aspect, o practică neunitară. Deasemena, și în literatura juridică există opinii diferite cu privire, în mod deosebit, la întinderea prejudiciului.

În condițiile în care, pentru stabilirea prejudiciului se pleacă de la modul în care vom califica raportul administratorului (și al membrilor celorlalte organe de conducere) cu societatea pe care a administrat-o, și soluțiile din practică au fost diferite.

Astfel, după calificarea raportului juridic, răspunderea ce va fi atrasă poate fi una delictuală⁴³ sau una contractuală⁴⁴.

Deși se afirmă că răspunderea administratorului este una delictuală pe considerentul că „*Din întreaga practică judiciară conturată în materie, rezultă ... faptul că ... în realitate, răspunderea administratorului unei societăți comerciale își are izvorul în săvârșirea unei fapte ilicite cauzatoare de prejudicii pe tărâm delictual, și nu într-un raport civil contractual derivând din neexecutarea întocmai a*

⁴² Art. 71. alin (3): „Administratorul care, fara drept, isi substituie alta persoana raspunde solidar cu aceasta pentru eventualele pagube produse societatii”.

⁴³ Curtea de Apel București - Secția A V-A Comercială, Decizia comercială nr.55, Ședința publică de la 21.01.2008.

⁴⁴ Tribunalul București - Secția a VII a Comercială, sentința comercială nr. 2310/12.06.2007.

unei obligații contractuale care să presupună repararea în natură sau prin echivalent a prejudiciului cauzat creditorului.”, argumentele aduse de instanță sunt date de faptul că „Din redactarea textului articolului 138 alineat 1 din Legea nr.85/2006, se desprinde clar voința legiuitorului de a include răspunderea patrimonială personală a persoanelor menționate în sfera răspunderii civile delictuale, prin referire precisă la condițiile și ipotezele în care poate fi angajată săvârșirea uneia dintre faptele prevăzute la literele a-g, prin care s-a încălcat o obligație instituită de lege și prin care s-a cauzat starea de insolvență a societății debitoare.”⁴⁵

Multe alte soluții sunt motivate astfel de instanțe. Aceste argumente nu pot fi primite, pentru următoarele considerente:

1. Faptul că se invocă „întreaga practică judiciară”, nu este de natură să confere un argument puternic în alegerea unei soluții; ea trebuie și fundamentată juridic.

Cu atât mai mult cu cât, uneori, practica judiciară s-a reorientat (exemplu: răspunderea părinților pentru copii, acceptarea calității procesuale active a unui coproprietar - în acțiunea în revendicare - fără acordul unanim al celorlalți).

2. Argumentul potrivit căruia din textul de lege al art. 138 reiese voința legiuitorului de a califica această răspundere ca fiind una delictuală din faptul că textul ar cere îndeplinirea tuturor condițiilor generale ale acestei răspunderi, nu-l considerăm ca fiind un argument pertinent. Aceasta, pentru simplul fapt că legiuitorul poate cere, în oricare alte domenii de activitate, ca pentru atragerea răspunderii să fie îndeplinite condițiile răspunderii civile delictuale fără a schimba natura raportului juridic.

Mai mult decât atât, din modul în care este redactat art. 138 reiese faptul că pentru a fi atrasă răspunderea civilă în cazurile prevăzute de acest text, trebuie să fie îndeplinite cumulativ toate condițiile specifice răspunderii delictuale, dar cu excepția uneia: cea a culpei. Din redactarea textului, considerăm că reiese acest fapt, fără putință de tăgadă. Spre exemplu, dacă observăm punctele a) și b) din alin 1 al art. 138, nu poate fi interpretat decât că cel care săvârșește una din aceste fapte nu o face decât cu bună știință (intenție).

În ceea ce privește punctul c), am putea spune că această faptă ar putea fi săvârșită și din nepricepere, admitând faptul că, sub aspectul laturii subiective, nu a prevăzut că prin fapta sa persoana juridică va ajunge în stare de insolvență. Într-o astfel de situație, poate chiar cei ce l-au mandat pe administrator se fac vinovați în alegerea acestuia.

⁴⁵ Idem nota 39.

Tot astfel se poate pune problema și în cazul celorlalte fapte prevăzute de art. 138 din Lege.

În opinia noastră, așa cum am mai arătat⁴⁶, considerăm că răspunderea este una contractuală, ținând cont de faptul că încălcarea unei dispoziții fie legale fie contractuale, vorbim de o încălcare a îndatoririlor funcției sale care nu fac să schimbe natura raportului juridic și ca atare, culpa este prezumată în acele situații în care faptele stabilite de legiuitor prin art. 138 sunt fapte de încălcare a unor obligații de rezultat (obligația administratorului de a ține evidențele contabile ale societății în conformitate cu legea).

Altfel se pune problema în cazul în care fapta de atragere a răspunderii este o faptă ce nesocotește o obligație de prudență și diligență. În acest caz, culpa trebuie dovedită.⁴⁷

Totuși, așa cum s-a spus și în doctrină, diligența unui administrator trebuie să fie cea a unui administrator, situație în care culpa este prezumată.

În concluzie, întoate situațiile culpa este trebuie prezumată.

Reiterăm faptul că răspunderea civilă, așa cum este ea reglementată de art 138, este una specială.

În doctrină, s-a spus⁴⁸ - cu valoare de principiu - că în cazul acestei forme de răspundere, prejudiciul constă pentru creditori în diferența dintre valoarea încasată a creanțelor avute față de societate și valoarea creanțelor la care au fost îndreptățiți potrivit prevederilor contractuale⁴⁹.

Mai nou, în doctrină⁵⁰ a apărut opinia potrivit căreia această determinare a prejudiciului nu este suficientă ci avem nevoie de metode prin care valoarea prejudiciului ar putea fi cuantificată în funcție de tipul de faptă ilicită săvârșită, urmând a fi luat în considerare doar acel prejudiciu suferit de creditori care se află în relație cauzală cu faptele săvârșite.

Astfel, achiesând la cea din urmă opinie, considerăm că prejudiciul ar trebui să fie determinat de la caz la caz, în funcție de faptele săvârșite.

Spre exemplu⁵¹:

a) În cazul folosirii bunurilor sau a creditelor societății în folosul propriu sau al unei alte societăți, această faptă poate fi pusă în relație cauzală, pe de o parte, cu acea parte a pasivului care constă în obligațiile (creanțele creditorilor) pe care

⁴⁶

⁴⁷ C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 139.

⁴⁸ I. Turcu, Răspunderea organelor de conducere, în revista Phoenix, nr. 16-17 din 2006, p. 43-49. publicată pe www.unpir.ro.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Av. Simona Maria Miloș, *Probleme de practica neunitară apărute din aplicarea prevederilor Legii nr. 85/2006* privind procedura insolvenței, p. 6-11, pe www.unpir.ro.

⁵¹ Ibidem..

societatea nu le-a putut plăti pe perioada folosirii bunurilor sau a creditului în interes propriu sau al unei alte societăți, iar pe de altă parte cu dobânzile sau penalitățile la care societatea a fost obligată pentru plata cu întârziere a obligațiilor sale.

b) În situația în care fapta constă în efectuarea unor acte de comerț în interes personal sub acoperirea societății, valoarea prejudiciului care ar trebui să fie acoperită ar putea fi egală cu valoarea pierderilor înregistrate de societate în această perioadă, respectiv cu beneficiile nerealizate ca urmare a deturnării unor contracte în interes propriu.

c) Dacă fapta constă în ținerea unei contabilități fictive sau în dispariția unor documente contabile ori neținerea evidenței contabile, acestea pot fi asociate cu ascunderea unor părți din active, însușirea unor fonduri bănești, întârzierea plății unor creanțe care au generat daune–interese sau penalități, iar prejudiciul cuantificat la valoarea acestora.

d) Pentru acele situații în care fapta constă în deturnarea sau ascunderea unei părți din activul societății, valoarea prejudiciului care ar trebui să fie reparat de către persoanele declarate răspunzătoare ar putea fi egală cu valoarea fondurilor deturnate sau ascunse, la care s-ar adăuga valoarea dobânzilor și penalităților, la plata cărora societatea a fost obligată ca urmare a faptelor săvârșite. Dacă fapta ilicită constă în mărirea fictivă a pasivului, valoarea prejudiciului de reparat ar putea fi egală cu valoarea cu care a fost majorat în mod fictiv pasivul debitorului.

e) În cazul în care fapta este de folosire a unor mijloace ruinătoare pentru a procura societății fonduri în scopul întârzierii încetării plății, partea de pasiv la completarea căreia ar putea fi obligate persoanele răspunzătoare ar trebui să fie reprezentată de diferența dintre valoarea de achiziție și cea de vânzare a mărfurilor sau a activelor, fie de valoarea creditelor contractate și a dobânzilor rezultate din acestea.

f) În cazul plății cu preferință a creanței unui creditor în dauna celorlalți creditori, prejudiciul reparabil ar putea consta în valoarea plății făcute la care s-ar adăuga dobânzile și penalitățile datorate de societate pentru creanțele având o scadență anterioară celei plătite.

În opinia autorului citat⁵² „ ar fi binevenit pentru viitor ca instanțele române în conținutul hotărârilor de stabilire a răspunderii să nu se mai folosească de formulări de tip general ca de exemplu: „obligă administratorii să suporte o parte din pasivul societății” sau „obligă administratorii societății să suporte pasivul societății în măsura în care sumele obținute din valorificarea bunurilor societății nu vor fi îndestulătoare pentru acoperirea creanțelor creditorului”, ci să încerce în măsura posibilităților, să cuantifice valoarea prejudiciului care se cere a fi reparat.²⁷

⁵² Ibidem.

În opinia noastră, credem că este foarte greu de cuantificat de către legiuitor un astfel de prejudiciu, dată fiind și diversitatea situațiilor în care se pot produce astfel de prejudicii societății ajunsă în stare de insolvență.

Totodată, spune același autor⁵³, această practică ar obliga pe administratorii judiciari și pe lichidatori să solicite fiecărui creditor în parte o estimare exactă a prejudiciului suferit și în același timp documente justificative prin care pretenția proprie va putea fi dovedită.

În această privință, da, administratorul judiciar și lichidatorul pot și trebuie să ceară societății debitoare să facă dovada atât a existenței cât și a întinderii prejudiciului dar, nu trebuie să pierdem din vedere faptul că tocmai aceștia sunt datori să stabilească prejudiciul, acest lucru reieșind din chiar prima teză a alin. 1 art. 138 din Legea 85/2006. Totodată, judecătorul sindic – în virtutea rolului său activ – pune în vedere administratorului judiciar sau lichidatorului să cuprindă în raportul său date privitoare la persoanele care se fac răspunzătoare, dacă este cazul, conform reglementărilor legale.

Însumarea valorii totale a prejudiciului estimat de creditorii ar putea fi un mijloc util în formularea obiectului acțiunii în stabilirea răspunderii, oferindu-i în același timp judecătorului sindic un punct de plecare în ce privește evaluarea prejudiciului⁵⁴.

Într-adevăr, toate acestea pot fi utile judecătorului sindic în stabilirea răspunderii, dar practicianul în insolvență cred că are datoria de fi obiectiv în efectuarea raportului său și să facă propriile aprecieri cu privire la acest aspect și să nu se bazeze în totalitate pe datele furnizate de către creditorii. Creditorii sunt parte interesată în procedura insolvenței iar practicianul în insolvență, chiar dacă este cel ce urmărește să îndeostuleze creanțele acestora, ei nu pot fi arbitrari în raport cu societatea debitoare.

Nu trebuie să uităm faptul că procedura insolvenței nu este, prin ea însăși, o sancțiune pentru societatea debitoare.

Desigur că documentele justificative strânse de administratorul judiciar sau de lichidator din partea creditorilor vor putea reprezenta un instrument prețios în dovedirea exactă a pretențiilor solicitate, indiferent că ele provin de la debitor sau creditor.

Se observă că în jurisprudență, problema atragerii răspunderii se pune la sfârșitul procedurii⁵⁵, când se constată insuficiența fondurilor obținute din lichidare și este necesară acoperirea pasivului debitorului pentru ce a rămas neacoperit.

O astfel de abordare, s-a spus⁵⁶, este netemeinică și contraproductivă.

⁵³ www.unpir.ro.

⁵⁴ www.unpir.ro.

⁵⁵ A. Birchall, op. cit., p. 218.

Potrivit regulilor generale ale răspunderii, prejudiciul trebuie să fie cert și direct. Cu alte cuvinte, trebuie să fie dovedit atât sub aspectul existenței cât și sub cel al întinderii sale.

Prin urmare, în lipsa unor reglementări speciale privind prejudiciul, practica judiciară s-a dovedit a fi neunitară.

Spre exemplu, Decizia⁵⁷ comercială nr.68 R/17.01.2007 - Curtea de Apel București - Secția a VI-a Comercială pronunțată în dosarul nr.328/98/2006.

Prin sentința comercială nr. 1294/F/09.10.2006, pronunțată în dosarul nr. 328/98/2006, Tribunalul Ialomița, a respins ca neîntemeiată cererea formulată de AVAS prin care s-a solicitat obligarea pârâților G.C. și E.V. să răspundă cu bunurile proprii pentru creanța reclamantei înscrisă în tabloul de creanțe al debitoarei SC D.P.C. SRL până la concurența sumei de 253,84 USD (832,54 RON).

Pentru a pronunța această soluție, judecătorul sindic a reținut în esență că, din raportul preliminar întocmit de lichidatorul judiciar și din raportul suplimentar rezultă că, urmare a verificării împrejurărilor care au dus la încetarea de plăți a societății debitoare, nu s-au descoperit fapte de natură să atragă răspunderea pârâților precum și faptul că, reclamanta nu a produs dovezi care să ateste că pârâții au săvârșit faptele invocate prin acțiune și că între aceste fapte și starea de insolvență a societății falite a existat o legătură de cauzalitate, nefiind aplicabile dispozițiile art.137 alin.1 a,c și f din Legea nr.64/1995 republicată, invocate de creditoare.

Cu alte cuvinte, reclamantul – în opinia instanței – trebuie să facă dovada îndeplinirii tuturor condițiilor necesare angajării răspunderii.

Împotriva sentinței a declarat recurs creditoarea-reclamantă, criticile formulate fiind întemeiate pe dispozițiile art.304 pct.8 și 9 C.pr.civ. și ale art.304¹C.pr.civ.

În motivarea căii de atac, în esență, recurenta a susținut următoarele:

– prevederile art.138 din Legea nr.85/2006 nu conțin explicit cerința culpei, legea nefăcând referire expresă nici la stabilirea legăturii de cauzalitate între activitatea administratorului și starea de insolvență;

– prin neplata la termen a contribuției la Fondul național unic de asigurări de sănătate și folosirea sumelor de bani respective pentru susținerea activității curente, creanța recurentei reprezentând o asemenea datorie, fosta conducere se face vinovată de utilizarea de mijloace ruinătoare pentru a procura persoanei juridice fonduri, în scopul întârzierii încetării de plăți, această faptă fiind prevăzută de lit.f din Legea nr.85/2006.

– potrivit prevederilor art.137 din Legea nr.64/1995, actual art.138 din Legea nr.85/2006, săvârșirea uneia din faptele enunțate, angajează răspunderea

⁵⁶S. Dinu, nota 362, în A. Birchall, op. cit., p. 218.

⁵⁷ Lajos Imre, Scurte considerații în legătură cu răspunderea membrilor organelor de conducere (partea a II-a), www.unpir.ro. Revista Pheonix nr. 22, p. 25-28.

civilă a administratorilor, fiind incidente și dispozițiile art.35 alin.3 și 4 din Decretul nr.31/1954, fiind prezumat raportul de cauzalitate între faptă și prejudiciu.

- În opinia recurenteii, hotărârea atacată prin care s-a reținut că reclamanta-creditoare nu a invocat concret care sunt faptele imputabile administratorului și care este legătura de cauzalitate între ceea ce se impută și prejudiciul creat, este greșită "deoarece din analiza art.138 (fost 137) ca și din practica judiciară deja stabilită sub acest aspect, prejudiciul creditorului este prezumat, dovedirea faptelor făcându-se prin simpla ajungere a debitorului în incapacitate de plată".

Examinând sentința comercială atacată prin prisma argumentelor evocate de creditoarea-recurentă, Curtea respinge recursul pentru considerentele care vor fi expuse în continuare.

Curtea reține că, răspunderea reglementată prin art.137 din Legea nr.64/1995 republicată, actualmente art.138 din Legea nr.85/2006, reprezintă o răspundere personală specială, care intervine numai atunci când prin săvârșirea uneia sau mai multor fapte din cele enumerate s-a ajuns la starea de încetare de plăți. Răspunderea administratorului debitoarei, are o natură juridică specială, care împrumută caracteristicile răspunderii civile delictuale, ceea ce înseamnă că pentru a fi antrenată trebuie îndeplinite condițiile generale care reies din art.998 Cod civil, fapta ilicită, prejudiciu, legătura de cauzalitate, culpa.

Totodată, curtea reține că invocarea prevederilor art.138 nu atrage automat răspunderea administratorilor, legiuitorul neinstituind o prezumție legală de vinovăție și de răspundere în sarcina acestora, ci numai a prevăzut posibilitatea atragerii acestei răspunderi, apărând deci necesară administrarea unor dovezi pertinente și concludente în acest sens.

În considerarea celor expuse, în temeiul prevederilor art.312 alin.1 C.pr.civ., Curtea a respins recursul ca nefondat.

În ceea ce ne privește, considerăm că decizia instanței este una corectă, pentru următoarele considerente:

~ După cum bine afirmă instanța, răspunderea administratorului este una specială care *împrumută* caracteristicile răspunderii civile delictuale. Cu alte cuvinte, răspunderea acestora nu este una delictuală ci împrumută doar caracteristicile acesteia.

~ Deasemenea, corect arată instanța că invocarea prevederilor art.138 nu atrage automat răspunderea administratorilor ci este necesară administrarea unor *dovezi pertinente și concludente*.

Privitor la cele patru condiții necesare atragerii răspunderii, într-adevăr sunt obligatorii pentru a fi angajată răspunderea administratorului (și a celorlalte organe

de conducere) dar, așa cum am arătat, considerăm că una din condiții – culpa – este prezumată. Desigur, este vorba de o prezumție relativă ce poate fi răsturnată.

În ce privește modalitatea de **cuantificare** a prejudiciului, în condițiile în care răspunderea este calificată fie drept o răspundere contractuală fie una delictuală și în lipsa unor prevederi contrare, practica a fost împărțită și cu privire la acest aspect, soluțiile fiind diferite, în funcție de modul cum a fost calificată răspunderea administratorului.

După cum am mai arătat, Legea nr. 85/2006 este o lege specială în raport cu Legea 31/1990 privind societățile comerciale, motiv pentru care, în stabilirea răspunderii va trebui să se țină seama și de prevederile acesteia iar în măsura în care nu există prevederi corespunzătoare, se va recurge la prevederile Codului civil. Acest fapt, nu este nici el de natură să determine răspunderea ca fiind una delictuală.

Astfel judecătorul-sindic, în evaluarea prejudiciului, va trebui să țină seamă de regulile privind răspunderea contractuală.

Considerăm că potrivit art. 1085 Cod civil trebuie stabilită întinderea prejudiciului astfel încât aceasta este dată numai de prejudiciul efectiv suferit care a fost prevăzut ori era previzibil la momentul încheierii contractului, cu excepția situațiilor în care prejudiciul este generat de culpa gravă.

Este necesar să existe o corelație directă între faptă și prejudiciul efectiv ce a fost generat ca urmare a săvârșirii faptei culpabile.

După cum s-a spus în doctrină, trebuie să fie îndeplinite toate condițiile privitoare la prejudiciu, pentru ca răspunderea să fie efectivă. Totodată, după cum se observă și în practica judiciară, s-a spus că prejudiciul nu poate fi mai mare decât pasivul debitorului dar pot fi situații în care prejudiciul generat de faptele culpabile să fie mai mic de atât⁵⁸.

Așa cum este prevăzut și de alin. 1 al art. 138, judecătorul-sindic poate dispune ca *o parte* a pasivului debitorului să fie acoperită de cei culpabili.

Raportul de cauzalitate. Potrivit art. 138 alin (1), între faptă și prejudiciu trebuie să existe o relație de tip cauză-efect.⁵⁹

Astfel, răspunderea va fi angajată numai dacă fapta administratorului a cauzat un prejudiciu de natură să ducă societatea în stare de insolvență.

Prin urmare, odată ce s-a stabilit existența uneia din faptele expres prevăzute de art. 138 alin 1, lit. a) – g) și existența și întinderea prejudiciului (faptă care a dus societatea în starea de insolvență), trebuie dovedită legătura de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu.

Având în vedere faptul că această răspundere poate fi antrenată doar în cazul în care societatea se află în stare de insolvență, această condiție este îndeplinită odată

⁵⁸ A. Birchall, op. cit., p. 218.

⁵⁹ *Idem*, p. 219.

ce judecătorul sindic acceptă ca admisibilă cererea ca societatea să intre într-una din procedurile prevăzute de Legea 85/2006, fie chiar și în procedura de reorganizare.

Cu alte cuvinte, odată cu admiterea cererii de intrare în procedura de insolvență (generală sau simplificată), fie că se admite intrarea societății în procedura de reorganizare judiciară fie în cea a falimentului, considerăm că este îndeplinită condiția ca societatea să se afle în starea de insolvență pentru a fi atrasă răspunderea celor ce se fac vinovați de aceasta. Altfel spus, încheierea sau, după caz sentința de deschidere a uneia din proceduri constituie chiar dovada stării de insolvență, desigur alături de raportul⁶⁰ administratorului judiciar sau al lichidatorului prin care se propune intrarea debitorului în una din proceduri, pe baza căruia instanța își formează opinia.

Ca atare, considerăm că această condiție, ca societatea să se afle în stare de insolvență, este una specială și prealabilă pentru atragerea răspunderii organelor de conducere sau de supraveghere⁶¹.

Culpa. Cea de a patra condiție necesară – culpa – așa cum am arătat mai sus, considerăm că este una prezumată.

În sprijinul acestei opinii, pe lângă cele expuse mai sus, aducem și alte argumente în cele ce urmează.

Culpa administratorului, având în vedere caracterul remunerat al mandatului comercial (după ale cărui reguli activează administratorul unei societati, conform art. 72 din Legea nr. 31/1990), se apreciază după tipul abstract – *culpa levis in abstracto*.⁶²

Doctrina dreptului comercial a indicat aplicabilitatea art. 1080 Cod civil, ceea ce implică faptul că diligența pe care trebuie să o depună o persoană în îndeplinirea mandatului său este aceea a unui bun administrator (art. 144¹ din Legea nr. 31/1990).

Având în vedere raportarea la conduita unui bun administrator, vor fi puține acele situații în care se poate vorbi de lipsa de vinovăție.⁶³ Exemplul clasic dat de literatură este cel de înlăturare a răspunderii pentru lipsa de vinovăție în caz de forță majoră când, spre exemplu, documentele contabile ale societății ard într-un incendiu ce nu a fost provocat de persoana care avea obligația să le țină în conformitate cu legea și nu le poate preda practicianului în insolvență sau judecătorului sindic. Într-o astfel de situație, răspunderea nu poate fi antrenată, deși ne aflăm în cazul prevăzut de art. 138, alin. 1, lit. d).

Plecând de la faptul că în majoritatea cazurilor culpa este prezumată (în opinia noastră), prezumția fiind una relativă, persoana împotriva căreia este pornită acțiune

⁶⁰ Art. 20 alin. (1) litera a) și art. 25 alin. (1) litera a).

⁶¹ A se vedea: Condițiile speciale ale răspunderii, p. urm.

⁶² www.dutescu.com, *Răspunderea administratorilor*, semnat Duțescu & Partners.

⁶³ A. Birchall, *op. cit.*, p. 220.

în răspundere – administratorul sau alți membri ai organelor de conducere – va trebui să răstoarne prezumția de culpă și să facă dovada faptului că nu se fac vinovați de săvârșirea faptei ce li se impută.

Spre exemplu, în caz de pluralitate de administratori, dacă mandatul ce li s-a dat prevede că deciziile privind societatea vor fi luate de aceștia, împreună, atunci răspunderea va fi solidară. Pentru a se apăra, administratorul care s-a opus trebuie să facă dovada opoziției, prin îndeplinirea condițiilor prevăzute de Legea 31/1990 (art. 76, 78 alin. 2).

Tot astfel și în cazul insolvenței, potrivit art. 138 alin 4, răspunderea este solidară dar persoana care s-a opus trebuie să facă dovada opoziției sale pentru a nu răspunde solidar cu cei ce se fac vinovați de săvârșirea uneia din faptele prevăzute de amintitul articol.

Condițiile speciale ale răspunderii.

Existența stării de insolvență. Această condiție este una specială și prealabilă pentru atragerea răspunderii organelor de conducere sau de supraveghere, așa cum am mai spus, pentru motivele ce vor fi expuse în continuare.

Înainte de toate, avem în vedere următoarele:

a. Din redactarea textului art. 138 și în conformitate cu dispozițiile art. 59 alin. 1, este necesară întocmirea raportului de către administratorul judiciar sau de către lichidator, raport ce va conține și date privitoare la persoanele cărora li se poate imputa starea de insolvență.

b. Doar în cazul în care prin raport sunt identificate persoanele ce se fac responsabile, administratorul judiciar sau lichidatorul poate introduce acțiunea în răspundere.

c. Nici creditorii nu pot introduce acțiunea înainte de efectuarea raportului prevăzut de art. 59 alin. 1.

d. Numai după întocmirea acestui raport va putea judecătorul sindic (alin.1 art. 138) să dispună ca o parte a pasivului debitorului să fie suportată de persoana/persoanele responsabile, raportul constituind un mijloc de probă în condițiile în care este susținut de acte doveditoare.

e. Potrivit art. 59 alin. 1, practicianul în insolvență „...va supune judecătorului-sindic, în termenul stabilit ... (ce) nu va putea depăși 60 de zile de la desemnarea sa, un raport asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția insolvenței debitorului, cu menționarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă.”

Din cele relevate la punctul e., înțelegem că starea de insolvență, la momentul depunerii acestui raport la instanță, este o certitudine.

Aceasta reiese și din faptul că, odată ce, prin acest raport, se stabilește intrarea debitorului fie în procedura reorganizării (art. 59 alin. 2 și 3) fie în procedura

falimentului (art. 59 alin. 2 și 4) iar acest fapt este posibil doar în cazul în care debitorul se află în starea de insolvență.

Așa cum reiese din dispozițiile art 3, alin. 1 pct. a) și b), starea de insolvență este un fapt preexistent deschiderii procedurii dar, aceasta, pentru a constitui o dovadă, trebuie confirmată de judecătorul sindic. Confirmarea este conținută de încheierea sau, după caz sentința de deschidere a uneia din proceduri, potrivit art. 32 din Legea 85/1996.

Coroborând și cu cele arătate la punctele a., b., c. și d., ajungem la concluzia că starea de insolvență este preexistentă deschiderii procedurii, ea este confirmată de instanță, iar la momentul întocmirii raportului prevăzut de art. 59 din Lege existența stării de insolvență este o certitudine. Ca atare, la momentul introducerii cererii de atragere a răspunderii persoanelor ce pot fi culpabile de această stare, insolvența nu mai trebuie dovedită, ea fiind o condiție mai întâi de toate a deschiderii procedurii insolvenței și abia mai apoi, o condiție de atragere a răspunderii.

Mai mult decât atât, din punct de vedere procedural, existența stării de insolvență este o condiție ce trebuie îndeplinită înainte de introducerea acțiunii în răspundere.

Astfel, în raport cu cele de mai sus, existența stării de insolvență este o condiție de atragere a răspunderii, dar este una preexistentă stabilirii condițiilor generale ale răspunderii. Dacă nu există starea de insolvență nu vom avea posibilitatea deschiderii niciuneia dintre procedurile prevăzute de Legea 85/2006 și, ca atare, nici răspundere potrivit art. 138 din lege nu există.

Pe de altă parte, considerăm că este o condiție specială în raport cu condițiile generale de răspundere (faptă, prejudiciu, raport de cauzalitate și culpă) întrucât, starea de insolvență este o urmare a faptei culpabile iar legătura de cauzalitate, deși trebuie dovedit că există între starea de insolvență și faptă, nu este suficient pentru a stabili răspunderea. Între starea de insolvență și prejudiciu nu există semn de egalitate.

Dacă avem în vedere faptul că la generarea stării de insolvență pot concura mai mulți factori și nu doar fapta unui membru din organele de conducere, putem ajunge la concluzii foarte variate. Spre exemplu, pot exista motive obiective de determinare a stării de insolvență, situație în care nici o persoană nu este culpabilă, dar pot exista situații ca spre exemplu pe un fond de cauze obiective (de pildă o criză financiară) să fie săvârșite și fapte care să se încadreze în cele prevăzute de lege și care să grăbească intrarea în starea de insolvență.

De aceea, considerăm că este necesar a se face delimitarea dintre prejudiciul generat de fapta în sine și starea de insolvență.

O a doua condiție specială ce trebuie îndeplinită este ca raportul administratorului judiciar sau al lichidatorului, după caz, prevăzut de legiuitor la art.

59 să fi fost întocmit. După cum observăm, din actuala reglementare reiese că această condiție trebuie îndeplinită în mod obligatoriu dar, menționarea persoanelor pe care practicianul le consideră culpabile de ajungerea societății în starea de insolvență în acest raport nu mai este văzută de legiuitor ca o condiție de atragere a răspunderii. În în acest caz, legiuitorul oferă legitimare procesuală activă comitetului creditorilor.

Având în vedere cuprinsul extrem de amplu și de detaliat⁶⁴ al acestui raport, credem că această condiție este îndeplinită și în situațiile în care administratorul judiciar sau lichidatorul nu stabilesc în mod expres persoanele ce pot fi trese la răspundere. Aceasta, deoarece, așa cum a prevăzut legiuitorul și cum poate fi observat și din practica judiciară, chiar dacă nu sunt prevăzute expres, din raport și din documentele atașate acestuia, poate rezulta implicit și cui poate reveni răspunderea.

Este greu de admis faptul că atunci când este întocmit raportul, dacă sunt persoane culpabile, practicianul în insolvență să nu le treacă în raport. Cu atât mai mult cu cât și judecătorul sindic, în exercitarea rolului său activ, va pune în vedere acestora să facă mențiunile ce se impun, privitoare la răspundere.

Altfel, credem că prin această faptă, practicianul se face vinovat de nedepunerea tuturor diligențelor pentru stabilirea persoanelor culpabile, producând un posibil prejudiciu societății debitoare și implicit creditorilor. Ca atare, se va putea angaja și răspunderea practicianului în insolvență. Mai mult decât atât, creditorii au posibilitatea să propună desemnarea unui alt practician în insolvență.

5. Acțiunea în răspundere. Prescripția acțiunii.

Titularii acțiunii.

Legea 31/1990, republicata precizează ca acțiunea în răspundere contra fondatorilor, administratorilor, directorilor, respectiv a membrilor directoratului și consiliului de supraveghere, precum și a cenzorilor sau auditorilor financiari, pentru daune cauzate societății de aceștia prin încălcarea îndatoririlor lor față de societate, aparține adunării generale, care va decide cu majoritate de voturi. Din analiza acestei dispoziții normative rezultă că în potrivit Legii societăților comerciale, care constituie dreptul comun în materia răspunderii administratorilor, numai societatea pagubită poate exercita acțiunea în angajarea răspunderii administratorilor.

În regimul Legii nr. 85/2006, exercitarea acțiunii în răspunderea administratorilor aparține administratorului judiciar sau, după caz, lichidatorului. Conform textului alin. (1) al art. 138, judecătorul-sindic poate fi investit de administratorul judiciar, de lichidator sau de comitetul creditorilor. În ce privește comitetul creditorilor, abilitarea legală este condiționată de prealabila

⁶⁴ Idem, p. 133.

autorizare a judecatorului-sindic, iar cererea de acordare a autorizarii este conditionata, la randul ei, de cel putin una dintre urmatoarele imprejurari:

1. administratorul judiciar sau lichidatorul a omis sa indice in raportul sau cauzele ce au dus la insolventa, persoanele vinovate de starea de insolventa a patrimoniului debitorului supus procedurii;

2. administratorul judiciar sau lichidatorul, desi a indicat persoanele vinovate, a omis sa formuleze actiunea prevazuta la alin. (1) al art. 138, si, in aceasta din urma situatie,

3. actiunea pentru stabilirea raspunderii acelor persoane ameninta sa se prescrie.

Cu alte cuvinte, legitimare procesuală activă o au administratorului judiciar sau, dupa caz, lichidatorul. În condițiile de mai sus și în situațiile arătate, va avea legitimare activă și comitetul creditorilor.

Trebuie să admitem, așa cum și parctica judiciară a făcut pe alocuri, că în cazul în care nu se va constitui un comitet al creditorilor și sunt întrunite condițiile arătate de legiuitor pentru comitetul creditorilor, că acțiunea va putea fi intentată de creditorul care are ponderea cea mai mare. Desigur, acțiunea va profita tuturor celorlalți creditori.

Privitor la acest aspect, în tăcerea legii, practica judiciară nu s-a dovedit unitară, motiv pentru care considerăm că într-o viitoare reglementare este necesar a se preciza, *de lege ferenda*, cine va putea avea calitate procesuală activă dacă nu sunt întrunite condițiile pentru constituirea comitetului creditorilor.

Termenul de prescripție. Potrivit art. 139 din Legea 85/2006, actiunea se prescrie in termen de 3 ani de la data la care a fost cunoscuta sau trebuia cunoscuta persoana care a cauzat aparitia starii de insolventa, dar nu mai devreme de 2 ani de la data hotararii de deschidere a procedurii.

Din redactarea textului art. 139 înțelegem că legiuitorul a prevăzut posibilitatea ca persoana responsabilă de producerea prejudiciului în caz de insolvență să poată fi cunoscută și înainte de deschiderea procedurii. Dacă nu am înțelege astfel, nu s-ar putea justifica faptul că legiuitorul a acordat un termen de 2 ani după deschiderea procedurii, indiferent de data la care a fost cunoscută persoana care se face responsabilă de aducerea societății în stare de insolvență.

Cu alte cuvinte, dacă a fost cunoscută persoana responsabilă cu 2 ani înainte de deschiderea procedurii, potrivit termenului de 3 ani prevăzut în art. 139, ar trebui să admitem că acțiunea în răspundere se va prescrie într-un an de la data deschiderii procedurii de insolvență, dar cum textul prevede că acțiunea nu se poate prescrie mai devreme de doi ani, atunci observăm că legiuitorul a prorogat termenul de prescripție privind acțiunea. Astfel, ar trebui să admitem că dacă un creditor, potrivit legii, a cunoscut persoana responsabilă de producerea insolvenței cu puțin înainte de

împlinirea termenului de trei ani înainte de deschiderea procedurii și introduce cererea în instanță, atunci va trebui să admitem că, de fapt, în cazul creditorilor și în situația dată, acțiunea nu se va prescrie mai devreme de 5 ani.

Un astfel de raționament nu poate fi valabil în cazul administratorului judiciar sau al lichidatorului. Înainte de deschiderea procedurii administratorul judiciar sau după caz lichidatorul nu sunt cunoscuți, nefiind desemnați de către judecătorul sindic. Ori, potrivit art. 138 din Lege, calitate procesuală activă o au, în principal, administratorului judiciar sau lichidatorul. Astfel că aceștia sunt în imposibilitate de a cunoaște, înainte de deschiderea procedurii, situația efectivă a societății debitoare și cu atât mai puțin pe cea privitoare la persoanele cărora le poate fi imputabilă starea de insolvență.

Mai mult decât atât, deși starea de insolvență este o stare de fapt, ea trebuie confirmată de instanță, iar această stare va fi confirmată pe parcursul desfășurării procedurii de insolvență.

Totodată, legiuitorul pare să acorde un termen mult mai mare creditorilor deși aceștia nu depun toate diligențele pentru valorificarea creanțelor lor, încă din momentul în care au cunoscut starea de insolvență și persoanele pe care le consideră culpabile de producerea stării de insolvență, lăsând să curgă termenul de introducere a acțiunii spre finalul acestuia.

Pentru că legiuitorul nu a stabilit un termen de prescripție sau de decădere a creditorului din dreptul de a cere deschiderea procedurii de insolvență cu privire la debitor, trebuie să acceptăm că un astfel de termen este unul și același cu dreptul de prescripție al dreptului să de creanță, adică termenul general de 3 ani.

Potrivit principiului celerității și în conformitate cu cerințele de ordine publică privind siguranța raporturilor juridice și în speță a celor comerciale, se impune și pentru creditor să se stabilească un termen rezonabil privind cererea de deschidere a procedurii de insolvență. Astfel, poate fi justificată o astfel de reglementare. *De lege ferenda*, termenul de introducere a cererii pentru deschiderea procedurii se impune a fi mai mare decât cel prevăzut de legiuitor pentru debitor⁶⁵ dar nu mai mare de un an de la data când a cunoscut sau trebuia să cunoască de existența stării de insolvență a debitorului.

Este de remarcat și faptul că termenul de 30 de zile impus creditorului de Lege pentru introducerea „voluntară” a cererii de deschidere a procedurii este unul mult prea scurt.

⁶⁵ Art. 27. (1) Debitorul aflat în stare de insolvență este obligat să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor prezentei legi, în termen de maximum 30 de zile de la apariția stării de insolvență. (2) Va putea să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor prezentei legi și debitorul în cazul în care apariția stării de insolvență este iminentă.

În loc de concluzii.

În dreptul francez această acțiune în stabilirea răspunderii se numește „acțiune în complinirea pasivului”. La data adoptării legii franceze a insolvenței au existat cel puțin două argumente pentru a intitula astfel acțiunea:

- pentru a defini în mod precis și clar obiectul și rezultatul acțiunii - completarea activului debitorului și acoperirea într-un procent ridicat a pasivului;
- pentru a evita limitarea ariei persoanelor răspunzătoare prin folosirea sintagmei în textul legii a „administratorului de fapt” doar la administratorii numiți în mod ilegal în funcție. Dacă legiuitorul francez ar fi intitulat această formă de răspundere” răspunderea membrilor organelor de conducere” atât doctrina cât și jurisprudența ar fi putut interpreta textul legii și sintagma „administrator de fapt” doar la administratorii numiți în mod ilegal în funcție (fapt spre care tinde jurisprudența română în ziua de azi)⁶⁶.

Cu privire și la acest aspect, se impune cu necesitate ca și în doctrina românească să se producă o unificare a opiniilor, dar în vederea acestui fapt trebuie ca și legiuitorul să stabilească explicit, într-o viitoare modificare a Legii 85/2006, care este scopul avut în vedere de legiuitor în reglementarea acestei instituții și eventual, o mai bună precizare sau o exemplificare a persoanelor ce se pot face responsabile de această răspundere.

Totodată, este necesar ca legiuitorul să observe practica neunitară în ceea ce privește atragerea răspunderii civile prevăzută de legea nr. 85/2006, să urmărească observațiile făcute de doctrină și să dea un sens pe care îl dorește, pentru realizarea scopului în sine al Legii privind insolvența și anume, pe acela de a proteja debitorul aflat în stare de insolvență dar și de a menține un mediu de afaceri curat, ferit de riscuri financiare.

⁶⁶ www.unpir.ro.

BIBLIOGRAFIE

I. Acte normative, tratate, convenții, statute internaționale, recomandări:

1. Codul Civil;
2. Codul de procedură civilă.
3. Legea nr. 31 din 16/11/1990 privind societățile comerciale, Republicată în M.Of., Partea I nr. 1066 din 17/11/2004 cu modificările aduse prin O.U.G. nr. 52 din 30/04/2008.
4. Legea nr. 64/1995, publicată în M.Of. nr. 130/29 iun. 1995 și abrogată prin Legea nr. 85/2006.
5. Legea nr. 85/2006 publicată în M. Of. Nr. 359 din 21/04/2006.

II. Lucrări de specialitate:

1. Ana Birchall, Procedura insolvenței – note de curs, ediția a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2007;
2. S. Cărpenu, Drept comercial român, Editura Universul Juridic, București, 2008;
3. M. Costin, O încercare de definire a noțiunii răspunderii juridice , în R.R.D. nr. 1/1970;
4. O. Căpățână, revista Dreptul, nr. 9-12/1990;
5. M. Danil, Câteva probleme ale funcționării și administrării societăților comerciale, în Revista Română de Drept comercial nr. 3/1993;
6. M. Eliescu, Răspunderea civilă delictuală, Editura Academiei, București, 1972;
7. Lajos Imre, Scurte considerații în legătură cu răspunderea membrilor organelor de conducere (partea a II-a), www.unpir.ro. Revista Phoenix nr. 22;
8. S. M. Miloș, Probleme de practică neunitară apărute din aplicarea prevederilor Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, Revista Phoenix nr. 26/2008, p. 6-11;
9. S. Neculaescu, Reflecții privind fundamentul răspunderii civile delictuale, în rev. Dreptul nr. 2/2007;
10. L. Pop, Teoria generală a obligațiilor, Editura Lumina Lex, București, 1998;
11. C. Stătescu, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor. Răspunderea civilă delictuală, București, Tipografia Universitară, 1980;

12. **C. Stătescu, C. Bîrsan**, *Fapta ilicită cauzatoare de prejudicii ca izvor de obligații (Răspunderea civilă delictuală)*, în „Drept civil. Teoria generală a obligațiilor”, Editura All Beck, București, 2002;
13. **I. Turcu**, *Răspunderea organelor de conducere*, în revista Phoenix, nr. 16-17 din 2006.
14. **Gh. Vintilă**, *Daunele morale. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Editura Hamangiu, București, 2006;

➤ www.csm-lex.ro, sit-ul oficial al Consiliului Superior al Magistraturii.

➤ www.csj.ro, sit-ul oficial al Curții Supreme de Justiție.

➤ www.just.ro

➤ www.jurindex.ro

➤ www.unpir.ro.

➤ www.dutescu.com.