

## ASPECTE TEORETICO-PRACTICE PRIVIND REGULA BUNEI JUDECĂȚI ÎN LUAREA DECIZIILOR DE AFACERI (*BUSINESS JUDGMENT RULE*) ȘI APLICABILITATEA ACESTEIA ÎN LEGISLAȚIILE DIFERITOR STATE



Vasile Soltan

Universitatea de Stat din Moldova

### Abstract

*This paper analyzes the Business Judgment Rule, as a case law-derived doctrine of corporate governance, developed by Delaware courts. The business judgment rule, as a codified legal institution, has spread over the last six or seven years to a number of European jurisdictions. Also, there are some European countries where courts apply this rule even it isn't codified. The business judgment rule is a presumption that, in making a business decision, the directors of a corporation, acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action was taken in the best interests of the company. Regarding the burden of proof, there are two models. The first one (Germany, Austria, Croatia, Greece, Portugal) establish that directors, as defendants, shall prove that the decision was entirely fair. The second one (USA, Romania, Denmark, Finland, Sweden) provides that the claimant (shareholders) shall demonstrate that the directors did not act on an informed basis, in good faith and loyalty. If this presumption is not rebutted by the claimant, the courts will respect the directors' business judgment.*

*Also, this paper analyzes the origins of BJR, its applicability in European countries, and the conditions this rule shall meet. Regarding Republic of Moldova, there is a bill on amending the Civil Code which contains among others, the codified Business Judgment Rule.*

**Key words:** *Business Judgment Rule, directors' liability, fiduciary duties, duty of diligence, duty of prudence, business decisions, no-reliance, duty to inform, duty to care.*

### 1. ASPECTE INTRODUCTIVE

Orice societate comercială are nevoie de un administrator responsabil de gestionarea afacerilor acesteia întru asigurarea funcționării în sensul atingerii scopurilor prevăzute în actul de constituire. Structura *board-ului* de conducere are un impact major asupra partajării sarcinilor și cel mai important – partajarea răspunderii în cazul cauzării de daune societății. În practică, se atestă fie organe

colegiale – doi sau mai mulți administratori, fie un singur administrator. Spre exemplu, art. 69 din Legea Republicii Moldova privind societățile cu răspundere limitată (în continuare – Legea RM cu privire la SRL)<sup>1</sup> prevede că societatea trebuie să aibă unul sau mai mulți administratori, care administrează societatea și o reprezintă. Conform aceleiași legi, administratorul este acea persoană desemnată de Adunarea Generală a Asociaților sau de Consiliul societății care efectuează actele de gestiune a societății, necesare atingerii scopurilor prevăzute în actul de constituire și în hotărârile Adunării Generale a Asociaților.

În exercitarea atribuțiilor sale, administratorii au un șir de obligații concrete de ordin tehnic, expres prevăzute de lege sau contract, dar și obligații ridicate la nivel de principiu care urmează a sta la baza oricărui act îndeplinit de către administrator. Referindu-ne la cele din urmă, ele mai sunt întâlnite în doctrină sub denumirea de *obligații fiduciare* ale administratorului, printre care se numără: *diligența, buna credință și loialitatea*. Astfel, aceștia trebuie să își execute mandatul cu prudența și cu diligența unui bun administrator, adică să manifeste comportamentul pe care, în circumstanțe similare, o persoană rezonabilă l-ar manifesta față de propriile afaceri.

În general, administratorul este obligat față de societate să respecte limitele împuternicirilor acordate și să utilizeze atribuțiile oferite doar în scopul pentru care au fost oferite. Totuși, legislația corporativă a statelor recunoaște administratorilor o **marjă de apreciere** (*grant directors a margin of discretion*) în luarea deciziilor de afaceri. Or, în exercitarea atribuțiilor de conducere, administratorii se află deseori în fața unor opțiuni, fiind nevoiți să opteze spre acea soluție care, în conformitate cu informațiile deținute și pe baza judecății lor, apare ca fiind cea mai profitabilă și oportună la acel moment pentru companie. De altfel, situații în care orice decizie poartă un risc care se poate răsfrânge asupra companiei. Spre exemplu, *Legea engleză privind companiile*<sup>2</sup> prevede la art. 172 – *Obligația de a promova succesul companiei* (cu alte cuvinte, de a acționa în interesul companiei – *duty to promote the success of the company*), iar la art. 173 – *obligația de a exercita o judecată independentă* (de a lua deciziile în mod independent – *duty to exercise independent judgment*).

Astfel, administratorul trebuie să acționeze în modul în care el consideră, cu bună-credință, că este cea mai bună cale de a atinge scopurile companiei. Prin urmare, **nu este exclus că o decizie managerială se adevărește ulterior ca fiind greșită, decizie care poate să cauzeze prejudicii companiei**. Până la urmă, administratorii nu pot garanta sută la sută succesul afacerii în toate circumstanțele. Deciziile de afaceri sunt uneori luate cu un grad de incertitudine, iar succesul

---

<sup>1</sup> Legea nr. 135 din 14.06.2007 privind societățile cu răspundere limitată; publicată 17.08.2007 în Monitorul Oficial nr. 127-130, art. 548; data intrării în vigoare: 17.11.2007.

<sup>2</sup> Legea engleză a companiilor din 2006 (Companies Act 2006) [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga\\_20060046\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf) [vizitat 28.01.2017]

afacerilor depinde uneori și de niște variabile care sunt dincolo de controlul administratorilor, pornind de la faptul că însuși businessul este o cursă riscantă. Prin urmare, administratorii nu pot fi ținuti să le acopere pe toate, ei fiind doar obligați să acționeze conform legii și să-și îndeplinească sarcinile cu bună-credință, diligență și loialitate. Odată ce aceștia își îndeplinesc obligațiile, riscul eventualului eșec urmează a fi suportat de către acționari/asociați.

De asemenea, frica de răspundere personală pentru pierderile cauzate de deciziile de afaceri ar fi un factor de descurajare pentru profesioniștii cu înaltă calificare pentru a prelua poziții în Consiliul de Administrație.

**Totuși, persistă întrebarea – urmează oare ca administratorii, care au dat dovadă de diligență și bună credință în gestionarea afacerii, să poarte răspundere pentru unele decizii care s-au adeverit a fi greșite? Și aici intră în teren regula privind buna judecată în luarea deciziilor de afaceri** (eng. – *business judgment rule – în continuare BJR*) care, cu valoarea de principiu, prevede că *administratorii care iau decizii de afaceri cu convingerea îndreptățită că acționează în mod informat și în interesul societății nu pot fi făcuți răspunzători pentru pagube înregistrate ulterior de societate ca urmare a deciziilor respective*. BJR reprezintă un concept doctrinar și jurisprudențial de origine americană și, ulterior, preluat de legislațiile europene, potrivit căruia *instanțele nu sunt chemate să se pronunțe asupra deciziilor de afaceri ale administratorilor unei societăți atât timp cât nu există dovezi că administratorii și-au încălcat îndatoririle de diligență, loialitate și bună credință sau că au acționat în mod nefundamentat*. Astfel, după cum s-a statuat în practica curților americane și europene, instanța nu trebuie să substituie decizia administratorilor cu propriile sale noțiuni potrivit cărora o decizie de afaceri este sau nu adecvată, atât timp cât aceștia au acționat pe baza unor informații adecvate, cu bună credință și cu convingerea onestă că acțiunea întreprinsă este, întru totul, în interesul societății, fără a implica vreun interes personal.

Or, după cum s-a afirmat, pe bună dreptate, Curțile de justiție nu se pot substitui directorilor pentru că ele nu numai că nu au cunoștințele și experiența potrivită pentru luarea deciziilor de afaceri, dar și din motiv că sistemul corporativ presupune că este de competența Consiliului de Administrație să gestioneze compania. Judecătorii nu sunt specialiști în conducerea unei afaceri, ei sunt juriști, nu manageri de afaceri, de aceea ei nu sunt competenți să gestioneze resursele umane, portofoliile financiare sau să încheie tranzacții comerciale specifice<sup>3</sup>.

În continuare, vom analiza originea BJR, condițiile de aplicare ale acesteia, modul în care a fost preluată de statele europene etc.

---

<sup>3</sup> Carlos Andrés Laguado Giraldo – Factors governing the application of the business judgment rule: an empirical study of the US, UK, Australia and the EU, Vniversitas. Bogotá (Colombia) N° 111: 115-166, enero-junio de 2006, p.122 <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/111/cnt/cnt5.pdf> [vizitat 30.01.2017]

## 2. ORIGINEA REGULII BUNEI JUDECĂȚI ÎN LUAREA DECIZIILOR DE AFACERI

După cum am menționat, BJR a fost dezvoltată inițial pe cale jurisprudențială de către Curțile de justiție americane. Ideea că directorii de corporații din statul American Delaware datorează companiei anumite obligații fiduciare a fost exprimată pentru prima dată în cauza *Bodell v. General Gas & Electric Corp*<sup>4</sup>, o decizie din 1926 pronunțată de Curtea Supremă din Delaware (*There is no rule better settled in the law of corporations than that directors in their conduct of the corporation stand in the situation of fiduciaries*). În mai multe cauze, Curtea Supremă din Delaware a analizat aceste obligații fiduciare, fiind trei la număr: **buna credință, diligența, loialitatea**. A se vedea spre exemplu cauza *Stone v. Ritter*<sup>5</sup> *First, although good faith may be described colloquially as part of a „triad” of fiduciary duties that includes the duties of care and loyalty.*

În anul 1931, bazându-se pe cauza *Bodell*, Curtea a stabilit în cauza *Cole v. National Cash Credit Ass'n*<sup>6</sup> care sunt cerințele elementare pentru invocarea regulii judecății de afaceri – buna-credință și scopul bona fide – „*There is a presumption that the judgment of the governing body of a corporation, whether at the time it consists of directors or majority stockholders, is formed in good faith and inspired by a bona fides of purpose.*”

În anul 1984, Curtea Supremă din Delaware a rafinat regula judecății de afaceri în cauza *Aronson v. Lewis*<sup>7</sup>. În această cauză, Curtea a considerat că BJR reflectă o prezumție că în luarea unei decizii de afaceri directorii unei societăți au acționat în cunoștință de cauză bine informați, cu bună-credință și în convingerea sinceră că acțiunea a fost luată în interesele societății (*It is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company*). O particularitate a BJR este că hotărârea instanței nu va substitui hotărârea directorilor în cazul în care decizia acestora din urmă poate fi atribuită oricărui scop de afaceri rațional. Această constatare o întâlnim în cauza *Sinclair Oil Corp. v. Levien*<sup>8</sup> – *A board of directors enjoys a presumption of sound business judgment, and its decisions will not be disturbed if they can be attributed to any rational business purpose. A court under such circumstances will not substitute its own notions of what is or is not sound business judgment.*

---

<sup>4</sup> *Bodell v. General Gas Elec. Corp*, 15 Del. Ch. 119, 129 (Del. Ch. 1926) <https://casetext.com/case/bodell-v-general-gas-elec-corp?passage=8ohHoKnHSI55JBh4P14FNg> [vizitat 30.01.2017]

<sup>5</sup> *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362, 370 (Del. 2006) – <https://casetext.com/case/stone-v-ritter?passage=46l7LbGFv575BTirJ1yPIA> [vizitat 30.01.2017]

<sup>6</sup> *Cole v. National Cash Credit Ass'n*, 156 A. 183, 188 (Del. Ch. 1931) <https://casetext.com/case/cole-v-national-cash-credit-assn> [30.01.2017].

<sup>7</sup> *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984) <https://casetext.com/case/aronson-v-lewis> [vizitat 30.01.2017]

<sup>8</sup> *Sinclair Oil Corporation v. Levien*, 280 A.2d 717, 720 (Del. 1971) – <https://casetext.com/case/sinclair-oil-corp-v-levien-2> [vizitat 30.01.2017].

Astfel, **sub aspect material**, BJR reprezintă prezumția că în momentul luării deciziei de afaceri, directorii au acționat cu bună credință, loialitate și diligență. **Sub aspect procedural**, prezumția judecății de afaceri în conformitate cu modelul American elaborat de Curtea Supremă din Delaware, plasează probațiunea în sarcina reclamantului acționar/asociat. Pentru a răsturna prezumția aplicabilității BJR, reclamantul trebuie să demonstreze că administratorul/administratorii a/au încălcat una dintre obligațiile fiduciare la luarea deciziei de afaceri: diligență, loialitate, buna credință. Această concluzie a fost stabilită în cauza *Cede Co. v. Technicolor*<sup>9</sup>, („*To rebut the rule, a shareholder plaintiff assumes the burden of providing evidence that directors, in reaching their challenged decision, breached any one of the triads of their fiduciary duty – good faith, loyalty or due care*”).

Tot în această cauză s-a stabilit că în cazul în care reclamantul eșuează în a demonstra aceste încălcări, BRJ vine să protejeze administratorii și deciziile pe care aceștia le-au luat și Curțile nu vor examina deciziile de afaceri (*If a shareholder plaintiff fails to meet this evidentiary burden, the business judgment rule attaches to protect corporate officers and directors and the decisions they make, and our courts will not second-guess these business judgments*).

Dacă prezumția totuși este răsturnată de către reclamant, sarcina probațiunii trece către pârât care urmează să demonstreze că decizia sa a fost în întregime corectă (*If the rule is rebutted, the burden shifts to the defendant directors, the proponents of the challenged transaction, to prove to the trier of fact the „entire fairness” of the transaction to the shareholder plaintiff*). Totuși, răsturnarea prezumției de către reclamant nu conduce *per se* la constatarea vinovăției administratorului și atragerea acestuia la răspundere. Aceasta nu substituie hotărârea instanței, mai degrabă fiind o procedură prin care curțile urmează să stabilească sub care aspect al standardului de răspundere (diligență, buna-credință, loialitate) urmează a fi stabilită răspunderea administratorului.

În concluzie, conform Delaware BJR, aceasta include trei componente<sup>10</sup>:

Există un șir de cerințe pe care administratorii trebuie să le întrunească pentru a beneficia de protecția BJR: să acționeze în mod informat (diligență/grijă), cu bună-credință; lipsa conflictelor de interese (loialitatea);

Prezumția procedurală inițială care plasează probațiunea în sarcina reclamantilor. Ulterior, această sarcină poate trece către administratorul pârât dacă reclamantii răstoarnă prezumția;

În al treilea rând, există standarde de control judiciar. Aplicarea de fond a regulii judecății de afaceri este foarte reverențiară în cazul în care prezumțiile de diligență, loialitate și de bună-credință nu sunt răsturnate (fără scop de afaceri

---

<sup>9</sup> *Cede Co. v. Technicolor, Inc*, 634 A.2d 345, 361 (Del. 1993) [https://casetext.com/case/cede-co-v-technicolor-inc-11?passage=qpdqlZXxQLSc32yas1q\\_1A](https://casetext.com/case/cede-co-v-technicolor-inc-11?passage=qpdqlZXxQLSc32yas1q_1A) [vizitat 30.01.2017].

<sup>10</sup> The Honorable Justice Randy J. Holland - Delaware's Business Judgment Rule: International Variations [http://global.blogs.delaware.gov/2015/04/09/delawares-business-judgment-rule-international-variations/#\\_ednref51](http://global.blogs.delaware.gov/2015/04/09/delawares-business-judgment-rule-international-variations/#_ednref51) [accesat 28.01.2017].

rațional). În cazul în care prezumțiile sunt răsturnate, administratorii trebuie să demonstreze că acțiunile lor pot rezista la un control jurisdicțional riguros privind întreaga corectitudine a deciziei.

Important de menționat este faptul că „regula” a fost dezvoltată pe cale jurisprudențială, și nici măcar în legislația statului Delaware nu a fost codificată. Probabil **Australia** este unicul stat din sistemul Common law care a reglementat *expressis verbis* business judgment rule. Astfel, în Legea australiană privind corporațiile (Corporation Act) din 1999<sup>11</sup> a fost introdusă regula respectivă în art. 180 (2) intitulat „*Business Judgment Rule*”.

La rândul său, legislația **Canadei** nu conține o reglementare expresă a BJR. Totuși, aceasta a fost interpretată pe cale jurisprudențială, pornind de la prevederile art. 122 din Legea Canadei cu privire la corporații (*Canada Business Corporations Act*)<sup>12</sup>, care reglementează obligația de diligență a directorilor. Astfel, fiecare director al corporației, în exercitarea atribuțiilor sale trebuie să acționeze (a) în mod onest, cu bună-credință în interesele corporației și (b) să exercite grija, diligența și abilitatea pe care o persoană rezonabilă și prudentă le-ar manifesta în circumstanțe asemănătoare. Astfel, în cauza *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998)<sup>13</sup>, Curtea de Apel din Ontario a stabilit că: *Instanțele analizează dacă directorii au luat o decizie rezonabilă, și nu una perfectă. În măsura în care decizia luată de către directori se încadrează într-un interval de rezonabilitate, instanța nu va substitui decizia directorilor cu decizia instanței, chiar dacă evenimentele ulterioare vor pune sub semnul întrebării această decizie. Atâta timp cât directorii au ales una dintre alternativele rezonabile, decizia luată de aceștia trebuie respectată. Această manifestare a respectului față de decizia luată de directori este cunoscută drept Business Judgment Rule. Faptul că tranzațiile alternative au fost respinse de către directori este irelevant cu excepția cazului în care se poate demonstra că o anumită alternativă a fost cu siguranță disponibilă și în mod clar mai benefică pentru companie decât tranzația aleasă.*

### 3. NATURA JURIDICĂ A BJR

**Standard substanțial al răspunderii administratorilor** (*standard of liability/standard of review*)

BJR ia forma unui test/filtru pe care instanțele îl aplică pentru a determina dacă acțiunile administratorului pot da naștere răspunderii. Acest test pune în fața reclamantului (în speță – unii acționari, asociați) sarcina probei în demonstrarea existenței anumitor condiții, cum ar fi fraudă, ilegalitatea, abuzul, lipsa deciziei sau altele. În cazul în care reclamantul nu va demonstra asemenea circumstanțe,

<sup>11</sup> Australian Corporations Act <https://www.legislation.gov.au/Details/C2013C00003> [vizitat 30.01.2017].

<sup>12</sup> Canada Business Corporations Act - <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-44/> [vizitat 30.01.2017].

<sup>13</sup> *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998) <http://www.canlii.org/en/on/onca/doc/1998/1998canlii5121/1998canlii5121.html> [vizitat 30.01.2017].

instanța va aplica BJR pentru a proteja administratorul de răspundere personală<sup>14</sup>. O altă fațetă a acestei teorii, constă în faptul că deciziile care sunt extrem de neglijente nu vor fi protejate. Prin urmare, efectul regulii judecătii de afaceri în această formulare este de a ridica standardul de responsabilitate pentru decizia unui director de la simpla neglijență la un nivel deosebit de grav sau brut de neglijență, în scopul aplicării răspunderii.

### Doctrina abstențiunii

Conform acestei teorii, BSJ creează o prezumție împotriva intervenției instanțelor în evaluarea deciziilor de afaceri pe criterii substanțiale, materiale, ea nefiind calificată să aprecieze meritele conduitei manageriale până când reclamantul nu va răsturna prezumția bunei-credințe a administratorului.<sup>15</sup> Potrivit acestei excepții, reconsiderarea de către instanțe a deciziilor de afaceri luate de administratori trebuie să fie excepția și nu regula. Îndepărtarea de la regulă se produce doar atunci când sunt dovezi incontestabile de fraudă, de încălcări ale competențelor legale, de conflict de interese între societate și administrator. Nu este de competența instanțelor de a rezolva pentru corporații chestiuni de politică și de management al afacerilor.

Directorii sunt aleși pentru a gestiona activitatea corporației și deciziile lor urmează a fi acceptate ca definitive până când nu va fi probat că sunt afectate de fraudă.

În cauza *Brehm v. Eisner* (2000)<sup>16</sup>, Curtea Supremă din Delaware a specificat că deciziile directorilor urmează a fi respectate, cu excepția cazului în care au un interes personal în luarea deciziei, se atestă o lipsă de independență și aceștia nu au acționat cu bună-credință, într-o manieră care nu poate fi atribuită unui scop de afaceri rațional, sau dacă aceștia au luat decizia în mod neglijent, fără a lua în considerare toate informațiile rezonabile disponibile. (Thus, directors' decisions will be respected by courts unless the directors are interested or lack independence relative to the decision, do not act in good faith, act in a manner that cannot be attributed to a rational business purpose or reach their decision by a grossly negligent process that includes the failure to consider all material facts reasonably available.)

---

<sup>14</sup> Lori McMillan - The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine, William & Mary Business Law Review, Volume 4, Issue 2, p.529 - <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=wmbler> [accesat 28.01.2017].

<sup>15</sup> Stephen M. Bainbridge - The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine, University of California, Los Angeles School of Law, Law & Economics Research Paper Series, p.8. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=429260](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=429260) [28.01.2017].

<sup>16</sup> *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244, 264 n.66 (Del. 2000), [https://casetext.com/case/brehm-v-eisner?passage=7gmIEXEx8cX\\_HrDhfzv2Dg](https://casetext.com/case/brehm-v-eisner?passage=7gmIEXEx8cX_HrDhfzv2Dg) [vizitat 30.01.2017].

### Doctrina imunității<sup>17</sup>

În conformitate cu această doctrină, titularul imunității (în speță – administratorul) este încurajat să ia cele mai bune decizii, chiar cu o anumită doză de risc și incertitudine, fără a fi nevoit să recurgă doar la acele soluții care sunt sigure, dar, poate nu atât de eficiente. Astfel, se acordă administratorilor dreptul de a manifesta o judecată independentă când sunt puși în fața mai multor opțiuni riscante, fapt care le permite să-și execute atribuțiile în mod eficient, ferit de orice influențe. Efectul doctrinei imunității este de a feri administratorul de răspundere civilă față de societate pentru deciziile luate în procesul gestiunii companiei. Această versiune oferă administratorilor posibilitatea de a se simți confortabil și în siguranță în procesul decizional față de eventualele pretenții ale asociaților. Această doctrină, de asemenea, scoate în lumină importanța poziției de administrator. Totuși, este important ca administratorii să ia deciziile în interesul companiei, din punct de vedere practic și în mod legal. La analiza comportamentului directorilor, accentul principal nu se concentrează asupra rolului jucat de director în timpul presupusului prejudiciu. Mai degrabă, accentul este pus pe o listă de verificare procedurală a criteriilor „descalificatoare”.

Comportamentele descalficatoare sunt cele care tind să demonstreze încălcarea obligațiilor administratorului: fraudă, ilegalitate, abuz, lipsa deciziilor, eșecul de a se informa în mod corespunzător, și altele asemenea. Cu toate acestea, există alte remedii împotriva acestora – destituirea din funcție, răspunderea penală etc.

Menționăm că, până la urmă, natura juridică a BJR este pe tărâmul dezbaterilor de ordin doctrinar, mai ales în statele din sistemul Common law. La nivel european, nu se dă o importanță majoră naturii BJR, regula fiind preluată într-un mod mai simplist, cu unele modificări, după cum vom vedea în cele ce urmează.

## 4. REGLEMENTAREA BJR ÎN LEGISLAȚIILE STATELOR EUROPENE

Deși este o invenție a dreptului anglo-saxon, multe state europene au înțeles să codifice această regulă pentru a-i da o aplicabilitate mai certă. Or, până la codificarea acesteia, regula se aplica la nivel jurisprudențial, fiind recunoscută de curțile de justiție. La nivel european, în ceea ce ține de aplicabilitatea acestei reguli, se atestă trei categorii de state<sup>18</sup>:

State care au reglementat expres: Germania (2005), Portugalia (2006), România (2006), Croația (2007), Grecia (2007), Austria (2016);

Statele în care se aplică implicit: Belgia, Danemarca, Luxemburg, Suedia, Italia, Franța (într-o oarecare măsură), Lituania, Olanda, Regatul Unit, Finlanda;

State în care nu se aplică în nici un mod: Cehia, Cipru, Irlanda, Letonia, Polonia.

<sup>17</sup> Pentru mai multe detalii, a se vedea Lori McMillan, *op. cit.*, p. 564-574.

<sup>18</sup> Study on Directors' Duties and Liability prepared for the European Commission DG Markt by: Carsten Gerner-Beuerle, Philipp Paech and Edmund Philipp Schuster (Department of Law, London School of Economics), London, April 2013, p. 116-[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/board/2013-study-analysis\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf) [vizitat 30.01.2017].



### Germania

Luând în considerație faptul că Germania a fost prima dintre statele europene ale dreptului continental, consider oportun să analizăm reglementările din legislația germană. Astfel, Legea germană privind societățile pe acțiuni (*German Stock Corporation Act (dAktG)*), conține art. 93 sub denumirea *Obligația de diligență și responsabilitatea membrilor consiliului de administrație*. În conformitate cu această prevedere, membrii consiliului de administrație trebuie să dea dovadă de diligența unui manager prudent și conștiincios. Nu se va atesta o încălcare a acestei obligații în cazul în care membrul avea dreptul să ia o decizie de afaceri în mod rezonabil, și a acționat în baza unor informații adecvate în beneficiul societății. Sub aspect procedural, *modelul german, spre deosebire de modelul American, dispune răsturnarea prezumției de către administratorul pârât și nu către reclamant*. Prin urmare, administratorii sunt cei care trebuie să probeze că au acționat în conformitate cu regula respectivă și nu sunt responsabili de prejudiciile cauzate. (art. 93 Legea Societăților pe acțiuni – *În cazul în care se dispută faptul cu privire la manifestarea de către administrator a diligenței unui manager prudent și conștiincios, atunci sarcina probațiunii aparține acestuia*).

### România

Legea societăților comerciale <sup>19</sup> prevede la alin. (1) al art. 144<sup>1</sup> că *membrii consiliului de administrație își vor exercita mandatul cu prudența și diligența unui bun administrator*. La alin. (2) este dispus că *administratorul nu încalcă obligația prevăzută la alin. (1), dacă în momentul luării unei decizii de afaceri el este în mod rezonabil îndreptățit să considere că acționează în interesul societății și pe baza unor informații adecvate*. La rândul său, alin. (4) prevede că *membrii consiliului de administrație își vor exercita mandatul cu loialitate, în interesul societății*. În cazul în care sunt întrunite cerințele aplicării acestui articol, instanța nu se mai poate pronunța asupra vinovăției administratorului, întrucât ar însemna să se pronunțe asupra oportunității unei anumite decizii.

Nu este clar aspectul procedural al modelului român al BJR. Or, în sarcina cui este pusă proba? Demonstrează administratorul că a respectat acele obligații fiduciare sau din contra, reclamantii urmează să demonstreze că au fost încălcate. Atâta timp cât nu este specificat, înclinăm spre regula generală prevăzută la art. 249 din Codul de procedură civilă al României care reglementează sarcina probei – *cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege*. Așadar, dacă decizia de afaceri a fost luată pe baza unor informații adecvate, credibile, fără neglijența și cu bună credință, având convingerea că respectiva decizie este de folos societății comerciale, nu poate fi antrenată răspunderea administratorului în cauză. Altfel spus, dacă societatea (acționarii) nu dovedește că administratorul a adoptat o decizie de afaceri fără să fi

---

<sup>19</sup> Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale.

avut o îndreptățire rezonabilă, fără să fi putut să creadă, pe bază de informații, că acționează în interesul societății, instanța va respinge cererea de angajare a răspunderii administratorului respectiv, chiar dacă, urmare a deciziei sale, s-a produs un prejudiciu.

### Austria

Probabil Austria este statul care a codificat cel mai recent această regulă, la data de 1 ianuarie 2016 în conținutul Legii cu privire la Societățile pe Acțiuni (art. 84 paragraful 1 lit. a) și Legea cu privire la societățile cu răspundere limitată (art. 25 paragraf 1a), deși, și până la acea dată această regulă era recunoscută de doctrină și practică. Aceste norme prevăd că *membrii consiliului executiv îndubitabil acționează cu grija și diligența unui om de afaceri conștiincios, dacă la momentul luării deciziei de afaceri aceștia nu sunt ghidați de interese străine companiei și pot să-și asume în mod rezonabil faptul că au acționat în baza unei informații adecvate în interesul companiei. Dacă administratorii respectă aceste prevederi, ei vor fi la adăpost de răspundere.*

Totuși, spre deosebire de regula sarcinii probațiunii consacrată de modelul american despre care am vorbit anterior, doctrina și practica din Austria consideră că *administratorul este cel care trebuie să demonstreze că a acționat conform BJR, iar compania trebuie să demonstreze că i s-a cauzat un prejudiciu și că acest prejudiciu se află în legătură de cauzalitate cu acțiunile administratorului*<sup>20</sup> (concluzie pe care o deducem din Legea Societăților pe Acțiuni a Austriei, sec. 84, paragraful 2 – *directorii nu vor fi trași la răspundere dacă demonstrează că au dat dovadă de diligență și prudență în deciziile de afaceri*).

### Republica Moldova

Regula judecății de afaceri la momentul actual nu este codificată în legislația Republicii Moldova. Totuși, obligația administratorului de a da dovadă de diligență și loialitate o întâlnim. Astfel, în conformitate cu art. 72 din Legea cu privire la societățile cu răspundere limitată, *administratorul este obligat să gestioneze societatea astfel încât scopurile, pentru care aceasta a fost constituită, să fie realizate cât mai eficient. Alineatul (5) prevede că în exercitarea atribuțiilor sale, administratorul va da dovadă de diligență și loialitate.*

Îmbucurător este faptul că există un proiect de lege care urmează să introducă mai multe amendamente la Codul civil al Republicii Moldova<sup>21</sup>, printre care și reglementarea BJR. Conform proiectului legii de modificare a Codului civil, acesta va fi completat cu următoarele articole relevante: Articolul 68<sup>2</sup> – *Obligația de a urmări scopul persoanei juridice*; Articolul 68<sup>3</sup> – *Obligația de a acționa cu competență și diligență*; Articolul 68<sup>4</sup> – *Obligația de a evita conflictul de interese*; Articolul 68<sup>5</sup> –

<sup>20</sup> Law Paul Nimmerfall, Lukas Josef Peissl, *The Business Judgment Rule and its Impact on Austrian*, p. 356-357; <https://journals.muni.cz/cpvp/article/viewFile/5273/4359> [accesat 27.01.2017].

<sup>21</sup> [http://justice.gov.md/public/files/transparența\\_in\\_procesul\\_decizional/coordonare/2016/n\\_oiembrie/proiect\\_de\\_modificare\\_si\\_completare\\_Cod\\_civil\\_cartea\\_I.pdf](http://justice.gov.md/public/files/transparența_in_procesul_decizional/coordonare/2016/n_oiembrie/proiect_de_modificare_si_completare_Cod_civil_cartea_I.pdf) [accesat 27.01.2017].

*Obligația de a nu accepta beneficii de la terți; Articolul 68<sup>6</sup> – Obligația de a declara interesul într-un act juridic sau operațiune care se propune persoanei juridice. Regula judecătii de afaceri este reflectată în art. 68<sup>3</sup> al amendamentului care prevede că administratorul trebuie să acționeze conform nivelului de competență și diligență corespunzătoare cunoștințelor, competenței și experienței pe care le deține, precum și a celor care se pot aștepta de la un bun administrator. Alin. (2) prevede că se consideră că administratorul nu încalcă obligația prevăzută la alin. (1), dacă, în momentul când acționează, el este, în mod rezonabil, îndreptățit să considere că acționează în interesul persoanei juridice și că deține informații adecvate. Pe bună dreptate, în nota informativă a proiectului de lege, se menționează că la acest articol se introduce principiul bine-cunoscut în legislațiile corporative dezvoltate – business judgment rule (regula privind buna judecată în luarea deciziilor de afaceri), potrivit căruia administratorul nu răspunde pentru fiecare decizie managerială care ulterior se adevărește a fi greșită, ci doar pentru deciziile manageriale despre care el știa sau trebuia să știe (ținând cont de o serie de criterii) că ar putea fi greșite.*

La fel, nefiind stabilită o excepție de la regula generală a probațiunii, sarcina probei se stabilește în conformitate cu art. 118 Cod de procedură civilă al Republicii Moldova care prevede că *fiecare parte trebuie să dovedească circumstanțele pe care le invocă drept temei al pretențiilor și obiecțiilor sale, dacă legea nu dispune altfel.* Drept urmare, sarcina probațiunii va aparține reclamanților (acționarilor/asociaților). La momentul de față, nu este și nici nu poate fi o practică judiciară în acest sens.

Prezintă interes cum vor interpreta BJR instanțele din Republica Moldova după ce amendamentele vor intra în vigoare.

### **Statele care nu reglementează expres această regulă, dar în care s-a creat deja o jurisprudență în acest sens.**

**Franța.** Legislația franceză nu reglementează expres BJR, însă instanțele franceze au adoptat un echivalent al acesteia conform căruia există o prezumție că în luarea deciziilor de afaceri, directorii au acționat cu bună-credință, pe baza unor informații adecvate și în convingerea sinceră că acțiunile lor au fost în interesul corporației. Într-adevăr, în Franța se consideră că BJR creează o puternică prezumție în favoarea consiliului de administrație, împiedicând membrii săi să fie trași la răspundere pentru deciziile prudente, chiar dacă acesta din urmă au cauzat un prejudiciu Corporației și împiedică instanțele franceze să intervină în gestionarea firmei, atât timp cât rămâne solventă<sup>22</sup>.

**Italia.** BJR nu este reglementată în mod expres, totuși, Codul civil Italian reglementează obligațiile administratorului: diligența este prevăzută la art. 2392 – *Administratorii trebuie să-și îndeplinească îndatoririle pe care le au, impuse prin lege și statut, cu diligența cerută de natura funcției ocupate și de abilitățile lor specifice.* Un alt aspect al obligației de diligență este reglementat în art. 2381 alin. (6) – *Directorii*

<sup>22</sup> The Company Director Checklist in France - <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=FB176D4F-575D-4A11-B8E0-A900F48A1B6A> [vizitat 29.01.2017].

*sunt obligați să acționeze într-un mod informat (în cunoștință de cauză); Fiecare director poate solicita organismelor/particularilor delegați în consiliu să furnizeze informații cu privire la managementul companiei.*

BJR în practică este aplicabilă<sup>23</sup>, stabilindu-se că administratorul va fi protejat de răspundere pentru încălcarea obligației de diligență dacă acesta a luat o decizie cu bună-credință și cu un scop corespunzător; fără să fi avut un interes personal; a acționat deținând informații adecvate pe care ei le consideră în mod rezonabil ca fiind corespunzătoare; aceștia au considerat că au acționat în interesul companiei; a luat toate măsurile procedurale prealabile adoptării deciziei. Oportunitatea și rezonabilitatea deciziilor de afaceri luate de către administrator nu sunt supuse controlului de către instanțele de judecată. Cu toate acestea, deciziile care se dovedesc a fi greșite, prejudiciabile sau nepotrivite pot fi luate printre altele, în considerare de către instanțele de judecată în funcție de circumstanțe, ca fiind utile pentru a evalua o posibilă încălcare de către administrator a obligațiilor de îngrijire și diligență.

**Regatul Unit.** Deși BJR nu este reglementată expres, o anumită fațadă a acestei reguli este aplicată în practică de către Curțile de justiție care recunosc administratorilor o anumită marjă de apreciere la adoptarea deciziilor de afaceri.

Legea engleză privind companiile (2006) (*UK Companies Act*) prevede la art. 174 că directorul unei companii trebuie să exercite grijă rezonabilă, abilitate și diligență. Aceasta înseamnă grija, abilitatea și diligența care urmează a fi exercitate de către o persoană responsabilă cu cunoștințe generale, abilități și experiență care sunt așteptate de la o persoană care exercită funcția de director. Art. 175 reglementează interdicția conflictului de interese – directorul unei companii trebuie să înlăture orice situație în care el are sau poate să aibă un interes direct sau indirect care este în conflict sau se poate afla în conflict cu interesele companiei. Art. 176 reglementează obligația de a nu accepta beneficii de la terți iar art. 177 – obligația de a-și declara interesul într-un act juridic sau operațiune care se propune persoanei juridice.

În **Danemarca**, de asemenea, nu este codificată regula, însă a fost dezvoltată pe cale jurisprudențială. Curțile sunt reticente cu privire la intervenția în deciziile de afaceri dacă administratorul în activitatea sa a respectat cerințele aferente BJR – existența unei decizii de afaceri; informarea prealabilă; loialitatea.

În **Luxemburg**, Regula nu este codificată însă curțile, de regulă, stabilesc în favoarea directorilor o anumită marjă de apreciere/discreție. Astfel, unele erori scuzabile de management nu dau naștere răspunderii administratorilor atâta timp cât acțiunile s-au încadrat în acea marjă de apreciere. Mai mult decât atât, administratorii au în sarcina lor obligații de mijloace/diligență și nu de rezultat.

---

<sup>23</sup> COLONNELLI DE GASPERIS STUDIO LEGALE - The Company Director Checklist - Italy <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=674B07B5-9C42-4C79-B828-183A66EF94A3> [vizi0tat 29.01.2017].

## 5. CONDIȚIILE PENTRU APLICABILITATEA REGULII

Reieșind din sistematizarea prevederilor legale, opiniilor doctrinare și practicii judiciare, regula BJR urmează a fi aplicată dacă sunt întrunite cumulativ următoarele condiții:

### **Administratorul să fi luat o decizie de afaceri.**

În primul rând, este necesar ca administratorul să fi luat o decizie care vizează, într-o oarecare măsură, interesele companiei. În acest sens, art. 144<sup>1</sup> din Legea societăților comerciale română, la alin. (3) definește decizia de afaceri ca fiind *orice decizie de a lua sau de a nu lua anumite măsuri cu privire la administrarea societății*. Această definiție este asemănătoare celei din Legea australiană privind corporații care prevede la art. 180 (3) – *business judgment means any decision to take or not take action in respect of a matter relevant to the business operations of the corporation*. În conformitate cu Legea Republicii Moldova cu privire la societățile cu răspundere limitată, administratorul este în drept să efectueze *actele de gestiune a societății, necesare atingerii scopurilor prevăzute în actul de constituire și în hotărârile adunării generale a asociaților*. Prin urmare, noțiunea de decizie de afaceri poate fi definită ca fiind acea decizie luată de administrator în limitele competenței sale, aferentă gestiunii societății, în vederea atingerii scopurilor acesteia.

### **Cerința cu privire la luarea unei decizii informate (diligentă, grijă).**

Această cerință incumbă administratorilor obligația de a se informa în prealabil, de a analiza și delibera asupra deciziei care urmează a fi luată în baza tuturor informațiilor adecvate situației concrete. Este, în primul rând, o obligație de diligență, în măsura în care ea cere administratorilor să depună toate eforturile pentru a intra în posesia informațiilor necesare luării unei decizii de afaceri și este, apoi, o operațiune de evaluare și calificare, pentru că administratorii trebuie să aprecieze dacă informațiile obținute au valoare și credibilitate și dacă sunt adecvate pentru fundamentarea unei decizii de afaceri.

Pe bună dreptate s-a afirmat că obligația de diligență se referă exclusiv la procesul rezonabil de luare a deciziei de către directori, și nu la conținutul deciziei acestora. Aprecierea juridică a diligenței unui director nu poate fi făcută în mod adecvat doar prin trimitere la conținutul deciziei care a creat un prejudiciu companiei, fără a fi luată în considerație raționalitatea procesului de luare a deciziei<sup>24</sup>.

### **Lipsa conflictului de interese (loialitatea).**

Conflictul de interese este acea situație în care, la luarea unei decizii, administratorul are sau poate avea un interes direct sau indirect care intră în conflict cu interesele persoanei juridice. Spre exemplu, art. 144<sup>3</sup> din *Legea societăților comerciale română* prevede la alin. (1) că *administratorul care are într-o anumită opera-*

---

<sup>24</sup> Lael Daniel Weinberger, *The business judgment rule and sphere sovereignty*, Thomas M. Cooley Law Review, Vol. 27, No. 2, 2010, p. 285. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1752391](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1752391) [30.01.2017].

fiune, direct sau indirect, interese contrare intereselor societății trebuie să îi înștiințeze despre aceasta pe ceilalți administratori și pe cenzori sau auditori interni și să nu ia parte la nicio deliberare privitoare la această operațiune; alin. (2) prevede că aceeași obligație o are administratorul în cazul în care, într-o anumită operațiune, știe că sunt interesate soțul sau soția sa, rudele ori afinii săi până la gradul al IV-lea inclusiv.

Menționăm, în acest sens, că art. 68<sup>4</sup> din proiectul Legii pentru modificarea și completarea Cărții I a Codului civil al Republicii Moldova, despre care am menționat anterior, prevede că *administratorul trebuie să evite situația în care el are sau poate avea un interes, direct ori indirect, care intră în conflict ori ar putea să intre în conflict cu interesele persoanei juridice. Administratorul trebuie să informeze organul competent despre această situație. De asemenea, administratorul aflat în conflict de interese trebuie să se abțină de la negocierea și luarea deciziei persoanei juridice referitoare la actul juridic sau operațiunea la care se referă conflictul, să se abțină de la utilizarea, în folos propriu ori a persoanelor sale afiliate, a bunurilor persoanei juridice, a denumirii persoanei juridice sau a calității sale de administrator al persoanei juridice, în cazurile în care desfășoară activități proprii sau prin persoanele sale afiliate. Pe lângă acestea, proiectul prevede și alte situații de conflict.*

După cum am văzut, prevederi asemănătoare conține și Legea engleză a companiilor la art. 175.

#### **Administratorul să fi acționat în interesul companiei (buna-credință)**

Art. 71 alin. (2) lit. a) din Legea RM cu privire la SRL prevede că *administratorul este în drept să efectueze actele de gestiune a societății, necesare atingerii scopurilor prevăzute în actul de constituire și în hotărârile adunării generale a asociaților. De asemenea, art. 72 alin.1 prevede că administratorul este obligat să gestioneze societatea astfel încât scopurile, pentru care aceasta a fost constituită, să fie realizate cât mai eficient.* O prevedere interesantă în acest sens o găsim la art. 74 alin. 6 al Legii societăților cu răspundere limitată: *dacă acțiunile realizate de persoanele cu funcții de răspundere prin depășirea împuternicirilor sunt recunoscute de societate ca fiind săvârșite în interesul ei, răspunderea pentru aceste acțiuni trece asupra societății*

O noutate legislativă o întâlnim în proiectul legii cu privire la modificarea Codului civil al Republicii Moldova. **Acest amendament prevede la articolul 68<sup>2</sup> obligația de a urmări scopul persoanei juridice.** Astfel, *administratorul trebuie să acționeze în modul în care el consideră, cu bună-credință, că este cea mai bună cale de a atinge scopurile persoanei juridice, ținându-se cont în special de:*

*consecințele probabile pe termen lung ale modului în care acționează;*

*interesele salariaților persoanei juridice;*

*necesitatea de a încuraja raporturile persoanei juridice cu furnizorii, clienții și alți cocontractanți;*

*impactul activității persoanei juridice asupra comunității și mediului înconjurător;*

*dezideratul de a menține o reputație că persoana juridică activează conform unor standarde înalte în domeniul său de activitate; necesitatea de a trata în mod echitabil membrii persoanei juridice.*

*Acest articol este o transpunere fidelă a art. 172 din Legea britanică a corporațiilor.*

Legea australiană privind corporațiile prevede la art. 180 (2) că *convingerea directorului că decizia este în interesul companiei este una rațională, cu excepția cazului în care această convingere este de așa natură încât nici o persoană rezonabilă, în aceleași circumstanțe, nu ar crede.*

Art. 144 alin. 4 din Legea română a societăților comerciale prevede că *membrii consiliului de administrație își vor exercita mandatul cu loialitate, în interesul societății.* Înalta Curte de Casație și Justiție a României a stabilit într-o hotărâre<sup>25</sup> că *obligația de prudență și diligență a administratorului, consacrată de dispozițiile art. 144<sup>1</sup> din Legea societăților comerciale nr. 31/1990, nu este încălcată dacă, în momentul luării unei decizii de afaceri, administratorul este în mod rezonabil îndreptățit să considere că acționează în interesul societății și pe baza unor informații adecvate.* Înalta Curte a statuat că *„legea oferă protecție doar contra neglijenței și fraudei, nu și contra riscurilor inerente ale afacerilor, când o decizie luată cu bună-credință se poate transforma în eșec. În acest sens, Înalta Curte a mai precizat că atât timp cât „discernământul administratorului nu este afectat de o miză personală, este informat corespunzător în legătură cu natura afacerii și este convins că hotărârile luate sunt în interesul societății, atunci administratorul este exonerat de răspundere”.*

Se consideră că există o a cincea condiție – administratorul să nu fi luat anumite decizii hazardate, care manifestă un risc inadecvat pentru interesele companiei. Un semn al acestor decizii ar putea fi devierea de la practicile obișnuite (ex: achiziția unei companii fără efectuarea *due diligence*; creditarea fără garanții etc.). Totuși, această condiție pare a fi susceptibilă de încadrare în conținutul obligației de diligență pe care am analizat-o anterior.

## 6. FUNDAMENTAREA TEORETICO-PRACTICĂ A BJR. CONCLUZII

S-a afirmat că Business Judgment Rule este un principiu care tinde să asigure un compromis sau un echilibru între marja de apreciere și autoritatea administratorului în luarea deciziilor pe de o parte, și răspunderea acestuia pe de altă parte, în scopul de a evita situația în care administratorii ar încerca să-și promoveze interesele personale.<sup>26</sup> Primul aspect optează pentru a lăsa în sarcina administratorului o marjă de apreciere personală în luarea deciziilor ce interesează compania. Al doilea element, prevede că mai degrabă, administratorul trebuie tras la răspundere pentru actele acestuia, chiar și în situațiile în care a depus eforturile necesare.

În al doilea rând, frica de răspundere personală pentru pierderile cauzate prin deciziile de afaceri ar fi un factor de descurajare pentru profesioniști cu înaltă calificare pentru a prelua poziții în consiliul de administrație. Astfel, pe calea BJR,

---

<sup>25</sup> Decizia nr. 2827 din 27 septembrie 2011 pronunțată în recurs de Secția comercială a Înaltei Curți de Casație și Justiție având ca obiect angajarea răspunderii patrimoniale a administratorului - <http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=83020> [vizitat 29.01.2017].

<sup>26</sup> Lori McMillan – *op.cit.* – p.52

administratorii sunt încurajați să își asume riscurile îndeplinirii funcției lor iar, în al doilea rând, instanțele nu pot să atragă răspunderea administratorilor pentru simplul fapt că aceștia au luat o decizie ale cărei consecințe s-au dovedit a fi nefaste.

În al treilea rând, BJR nu este o doctrină absolută și rigidă (*one-size-fits-all doctrine*). Ea urmează a fi aplicată pornind de la specificul fiecărei situații concrete analizând toate circumstanțele în care a fost luată decizia de afaceri.

Luând în considerație cele analizate, ajungem la concluzia că BJR se vrea a fi o regulă care instituie o prezumție în favoarea administratorilor, în sensul că nu urmează să răspundă pentru prejudiciile cauzate companiei prin luarea deciziilor de afaceri, atâta timp cât această decizie a fost luată sub imperiul standardelor de diligență, loialitate și bună-credință. Sarcina probei diferă de la un sistem la altul, după cum am analizat anterior.