

Sebastian BODU

RĂSPUNDEREA CIVILĂ A ADMINISTRATORILOR ȘI MANAGERILOR SOCIETĂȚILOR COMERCIALE

Răspunderea în cazul societății solvabile
Răspunderea în cazul societății insolvente
Răspunderea față de terți
Răspunderea în procedura fiscală

Ediția 2019

R
ROSETTI

de stat a sumei necuvenite, prevăzută la art. 25 alin. (2) lit. e) C. proc. fisc. și înființarea unei persoane juridice care îndeplinește condițiile de la art. 25 alin. (3) C. proc. fisc. În scopul aplicării măsurilor de executare silită, decizia devine titlu executoriu la data împlinirii termenului de plată, moment de la care începe să curgă un nou termen de prescripție, de data aceasta de executare silită.

Înainte de emiterea deciziei, organul fiscal efectuează, sub sancțiunea nulității deciziei, audierea persoanei răspunzătoare personal, aceasta având dreptul să își prezinte și în scris punctul de vedere. Procedura de atragere a răspunderii solidară face obiectul unei reglementări terțiare, în speță OPANAF nr. 127/2014 pentru aprobarea Instrucțiunilor privind aplicarea procedurii de angajare a răspunderii solidară¹⁰⁰³.

¹⁰⁰³ Într-o opinie (Ariana Dragodan, *art. cit.*, p. 20) s-a spus că Instrucțiunile ar trebui să definească noțiunea de rea-credință și să se clarifice unele aspecte referitoare la modalitățile de dovedire a acesteia de către organul fiscal. Apreciem că nu se poate pune, în legislația noastră, problema definirii *relei-credințe*, aceasta fiind o stare de fapt. Cât privește clarificarea unor aspecte referitoare la dovedirea relei-credințe, de către organul fiscal, apreciem că, în condițiile în care modurile de fraudare sunt, teoretic, foarte multe, acestea ar putea fi prezentate doar cu titlu de exemplu.

Cuprins

ABREVIERI ȘI DEFINIȚII.....	3
Capitolul 1. Atribuțiile membrilor consiliului de administrație și de supraveghere	7
Secțiunea 1. Identitatea, respectiv separarea atribuțiilor de gerare ale membrilor consiliului de administrație sau de supraveghere.....	16
Secțiunea 2. Comitetele consultative specializate.....	21
Secțiunea 3. Particularități cu privire la atribuțiile consiliului de administrație al societății pe acțiuni care a desemnat directori și ale celui de supraveghere	30
Capitolul 2. Chestiuni generale privind răspunderea civilă a geranților	40
Capitolul 3. Natura juridică a răspunderii. Clauzele de atenuare a răspunderii.....	44
Capitolul 4. Răspunderea solidară a membrilor consiliului de administrație, respectiv de supraveghere. Răspunderea pentru coadministratori și administratori anteriori. Desolidarizarea.....	53
Capitolul 5. Răspunderea managerilor (directorilor, respectiv membrilor directoratului).....	62
Secțiunea 1. Răspunderea solidară și răspunderea divizibilă a managerilor. Înlăturarea răspunderii	62
Capitolul 6. Răspunderea administratorilor pentru directori.....	66
Capitolul 7. Obligațiile de loialitate, bună-credință, prudență și diligență, discreție și urmărire a interesului societății în exercitarea mandatului. Scopul adecvat	75
Secțiunea 1. Limitări și conflicte de interese la numirea și în exercitarea mandatului membrilor consiliului de administrație, respectiv de supraveghere	84
1.1. Limitări ale mandatului general al membrilor consiliului de administrație, respectiv de supraveghere.....	84
1.1.1. Limitări ale mandatului general la societățile pe acțiuni.....	85

1.1.2. Limitări ale mandatului general la societățile cu răspundere limitată.....	91
<i>Secțiunea 2. Conflictul de interese ale membrilor consiliului de administrație, respectiv de supraveghere.....</i>	96
2.1. Conflictul de interese la desemnarea în funcție a membrilor consiliului de administrație sau de supraveghere.....	97
2.2. Conflictul de interese apărute pe parcursul exercitării mandatului membrilor consiliului de administrație sau de supraveghere. Conflictul de reprezentare. Conflictul în materie decizională. Sancțiunea conflictelor de interese.....	100
<i>Secțiunea 3. Conflictul de interese ale managerilor (directori, respectiv membri ai directoratului).....</i>	138
3.1. Conflictul de interese la momentul numirii managerilor.....	138
3.2. Conflictul de interese pe parcursul exercitării mandatului managerial.....	140
Capitolul 8. Obligația de prudență și diligență (aprofundat). Regula deciziei de afaceri. Criteriul bunului administrator	145
Capitolul 9. Prejudiciul. Expertiza judiciară. Raportul cenzorilor/auditorului. Polița de asigurare.....	173
<i>Secțiunea 1. Prejudiciul. Chestiuni generale</i>	173
<i>Secțiunea 2. Expertiza judiciară. Raportul cenzorilor/auditorului</i>	176
<i>Secțiunea 3. Polița de asigurare.....</i>	185
Capitolul 10. Hotărârea adunării generale privind acțiunea în răspundere contra membrilor consiliului de administrație, respectiv de supraveghere	190
<i>Secțiunea 1. Încetarea mandatului membrilor consiliului de administrație, respectiv de supraveghere</i>	198
<i>Secțiunea 2. Acțiunea individuală pe contul societății (acțiunea derivată).....</i>	200
<i>Secțiunea 3. Repartizarea despăgubirilor între persoanele obligate solidar la plata lor.....</i>	222
<i>Secțiunea 4. Efectele acțiunii în răspundere asupra mandatului managerilor.....</i>	224
Capitolul 11. Hotărârea adunării generale privind acțiunea în răspundere contra managerilor. Efectele pornirii acțiunii asupra mandatului managerial	226

Capitolul 12. Răspunderea membrilor organelor de administrare și control ale societății insolvente	230
<i>Secțiunea 1. Caracteristicile răspunderii membrilor organelor de administrare.....</i>	233
<i>Secțiunea 2. Prejudiciul.....</i>	242
<i>Secțiunea 3. Analiza particulară a cazurilor expres reglementate de lege privind răspunderea personală</i>	245
3.1. Folosirea bunurilor sau creditului persoanei juridice într-un scop contrar intereselor acesteia.....	246
3.2. Realizarea de activități de producție, comerț sau prestări de servicii în interes personal, sub acoperirea persoanei juridice.....	247
3.3. Continuarea, în interes personal, a unei activități care ducea, în mod vădit, persoana juridică la încetarea de plăți.....	252
3.4. Ținerea unei contabilități fictive, ascunderea unor documente contabile sau ținerea contabilității contrar dispozițiilor legale.....	253
3.5. Deturnarea sau ascunderea unei părți din activul persoanei juridice ori mărirea în mod fictiv a pasivului acesteia	256
3.6. Folosirea unor mijloace ruinătoare pentru a procura persoanei juridice fonduri, în scopul întârzierii încetării de plăți.....	258
3.7. Plata cu preferință către un creditor, în dauna celorlalți creditori, în luna precedentă încetării plăților	262
<i>Secțiunea 4. Acțiunea în răspundere civilă</i>	264
<i>Secțiunea 5. Înlăturarea răspunderii pentru prejudiciul societății. Distribuirea daunelor-interese între membrii organului de administrare condamnați la plata de daune-interese.....</i>	270
Capitolul 13. Răspunderea civilă a membrilor organelor de administrare pentru actele juridice încheiate cu depășirea puterilor ce le-au fost conferite și pentru faptele juridice ilicite	274
<i>Secțiunea 1. Reprezentarea legală și istoricul ei.....</i>	274
<i>Secțiunea 2. Limitele reprezentării în raporturile juridice cu terții</i>	282
<i>Secțiunea 3. Răspunderea pentru depășirea limitelor reprezentării.....</i>	288

Capitolul 14. Răspunderea civilă a membrilor organelor de administrare față de terți pentru actele și faptele juridice	300
<i>Secțiunea 1. Răspunderea civilă față de terți a persoanei juridice pentru faptele juridice ale membrilor organelor de administrare.....</i>	<i>300</i>
<i>Secțiunea 2. Răspunderea membrilor organelor de administrare față de terți și față de persoana juridică pentru faptele juridice ilicite.....</i>	<i>308</i>
Capitolul 15. Răspunderea membrilor organelor de administrare ale societății insolubile și insolvente în procedura fiscală	314
<i>Secțiunea 1. Chestiuni generale.....</i>	<i>314</i>
<i>Secțiunea 2. Provocarea insolabilității prin reducerea activului social</i>	<i>319</i>
<i>Secțiunea 3. Omisiunea cererii deschiderii procedurii insolvenței</i>	<i>323</i>
<i>Secțiunea 4. Nedeclararea și/sau neachitarea obligațiilor fiscale ale debitorului insolubil ori insolvent.....</i>	<i>323</i>
4.1. Nedeclararea obligațiilor fiscale ale debitorului insolubil	324
4.2. Neachitarea obligațiilor fiscale ale debitorului insolubil sau insolvent	326
<i>Secțiunea 5. Determinarea restituirii sau rambursării de la buget de sume necuvenite</i>	<i>332</i>
<i>Secțiunea 6. Dedublarea personalității juridice.....</i>	<i>333</i>
<i>Secțiunea 7. Procedura de stabilire a răspunderii solidare.....</i>	<i>337</i>

Capitolul 1 Atribuțiile membrilor consiliului de administrație și de supraveghere

Bibliografie: I.L. Georgescu – *Drept comercial român*, vol. I și II (1947-1948). Editura All Beck, București, 2002/ Gheorghe Beleiu – *Drept civil român. Persoanele*. Editura Universității din București, București, 1982/ Octavian Căpățînă – *Societățile comerciale*, ed. 2. Editura Lumina Lex, București, 1996/ Stanciu D. Cărpenaru – *Drept comercial român*, ed. 3. Editura All Beck, București, 1998/ Cristian Gheorghe – *Societăți comerciale. Voința asociaților și voința socială*. Editura All Beck, București, 2003/ Radu N. Catană – *Rolul justiției în funcționarea societăților comerciale*. Editura Lumina Lex, București, 2003/ Len Sealy, Sarah Worthington – *Sealy's Cases and Materials in Company Law*, 9th Edition. Oxford University Press, New York, 2010/ Paul L. Davies, Sarah Worthington – *Gower and Davis' Principles of Modern Company Law*, 9th Edition, Thomson Reuters (Professional), London, 2012/ David Kershaw – *Company Law in Context*, 2nd Edition. Oxford University Press, Oxford, Regatul Unit, 2012/ Sebastian Bodu – *Tratat de drept societar*, vol. I-III. Editura Rosetti International, București, 2014-2015/ Reinier Kraakman, John Armour, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Hamman, Gérard Hertig, Klaus Hopt, Hideki Kanda, Mariana Pargendler, Wolf-Georg Ringe, Edward Rock – *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3rd Edition. Oxford University Press, New York, 2017.

Conform art. 70 alin. (1) din Legea societăților, administratorii pot face toate operațiunile cerute pentru aducerea la îndeplinire a obiectului de activitate al societății, în afara restricțiilor arătate în actul constitutiv. În același sens, art. 142 alin. (1) din aceeași lege spune, despre consiliul de administrație (al unei societăți pe acțiuni), că este însărcinat cu îndeplinirea tuturor actelor necesare și utile pentru realizarea obiectului de activitate al societății, cu excepția celor rezervate de lege pentru adunarea generală a acționarilor. Dacă adunarea generală este organul în care se formează voința socială¹, consiliul de administrație este organul în care voința acestora se circumstanțiază și se pune în executare, atât prin acte (interne) de gestiune, cât și prin

¹ Stanciu D. Cărpenaru, *op. cit.*, p. 208 și Cristian Gheorghe, *op. cit.*, p. 95.

acte (externe) de reprezentare². Drept urmare, administratorii au un mandat general, în baza legii și a actului constitutiv, de la societatea a cărei voință s-a format cu ocazia încheierii actului constitutiv și se formează mai departe cu ocazia întrunirii adunărilor generale. Mandatul general al administratorilor suferă limitări legale în cazul societății pe acțiuni³ și, indiferent de forma societară, poate suferi limitări statutare sub forma aprobării anumitor operațiuni de către adunarea generală, aprobări care au natura juridică a unui mandat special.

Dacă atribuirea competențelor în mod exclusiv organului de administrare are loc prin lege, acestea nu pot fi exercitate de adunarea generală (de asemenea nu pot fi delegate directorilor societății pe acțiuni administrate în sistem unitar, chiar dacă nu sunt competențe de supraveghere, și nici directoratului societății pe acțiuni administrate în sistem dualist). Reprezintă atribuții exclusive ale consiliului de administrație cele enumerate de Legea societăților la art. 73 alin. (1), la art. 142 alin. (2), precum și cele disperate, cum ar fi convocarea adunării generale de la art. 117; reprezintă atribuții exclusive ale consiliului de supraveghere cele enumerate la art. 153⁹ alin. (1).

Dacă, prin actul constitutiv, o anumită competență este atribuită în mod exclusiv consiliului de administrație, respectiv de supraveghere, adunarea generală nu îi va putea cenzura decizia și nu va putea adopta o hotărâre în locul lui, deși este organ suprem deliberativ. Competențele atribuite consiliului prin actul constitutiv (de exemplu, aprobarea unor operațiuni între anumite praguri valorice) fac obiectul activității de administrare, iar adunarea generală nu poate să îndeplinească singură actul. Odată ce mandatul este acordat prin actul constitutiv, adunarea generală nu poate, fără o modificare a acestui act, să revoce implicit mandatul, adoptând o hotărâre peste voința organului de administrare. Acest lucru se explică prin faptul că administratorii nu sunt mandatarii asociaților, ci ai societății, iar voința mandantului se exprimă, într-adevăr, prin adunarea sa generală, dar în mod diferit, adică în condiții de cvorum și majoritate diferite. Aceste diferențe rezultă atât din natura ordinară sau extraordinară a adunării generale, cât și din ordinea de zi a convocatorului, iar o modificare a actului constitutiv, chiar temporară și implicită, este condiționată de un cvorum și de o majoritate mai mari (chiar de o unanimitate, la societățile cu răspundere limitată), deci de o participare diferită a asociaților.

² Pentru detalii cu privire la reprezentarea legală, a se vedea Sebastian Bodu, *op. cit.*, vol. I, pp. 153 și urm.

³ A se vedea *infra* nr. 7.1.1.

În concluzie, pentru a putea adopta o hotărâre în locul consiliului de administrație, respectiv de supraveghere, adunarea generală (extraordinară, la societățile pe acțiuni) trebuie să amendeze actul constitutiv, chiar concomitent și temporar, menționând amendamentul în convocator, deoarece actul constitutiv este legea internă a societății, peste care nici adunarea generală nu poate trece, înainte de a-l modifica, sub sancțiunea nulității hotărârii. Desigur că, atunci când însuși consiliul de administrație convoacă adunarea generală pentru a lua o hotărâre care, altfel, cade în competența lui, hotărârea este valabilă fără a trece prin procedura amendării actului constitutiv.

Atunci când competențele nu sunt individualizate pentru a fi stabilite în mod exclusiv conform legii, stabilirea lor în mod generic prin lege sau individualizarea lor prin actul constitutiv reprezintă o competență exclusivă⁴. De exemplu, conform art. 142 alin. (1) din Legea societăților, consiliul de administrație este însărcinat cu îndeplinirea tuturor actelor necesare și utile pentru realizarea obiectului de activitate al societății, cu excepția celor rezervate de lege pentru adunarea generală a acționarilor. Acest articol se interpretează în sensul că administratorii nu pot decide cu privire la o chestiune ce cade, conform legii, în competența decizională a adunării generale, deoarece ar încălca principiul delimitării de atribuții dintre organele persoanei juridice, ceea ce echivalează cu o depășire a însăși capacității de exercițiu⁵. Conform art. 55 alin. (2) din Legea societăților, actul constitutiv sau hotărârile adunării generale pot limita competențele consiliului de administrație, însă astfel de limitări trebuie făcute prin actul constitutiv, chiar dacă, nefiind limitări legale, nu pot fi opuse terților de bună-credință (adică celor care nu le-au cunoscut) doar prin publicare. De aici rezultă că nu doar legea poate stabili competențe exclusive ale consiliului de administrație opozabile *erga omnes*, ci și actul constitutiv sau hotărârile adunării generale (desigur, modul cum aceste competențe devin opozabile terților diferă în funcție de felul limitării, legală sau statutară).

Concluzia de mai sus este importantă atunci când administratorii decid începerea unei operațiuni ce intră în competența lor statutară

⁴ În doctrină s-a afirmat, cu temei, că principiul separației puterilor împiedică adunarea generală să se amestece ori să împiedice exercitarea atribuțiilor proprii organului de administrare (a se vedea Radu N. Catană, *op. cit.*, p. 189, unde autorul dă ca exemplu cerința băncilor de prezentare a unei hotărâri a adunării generale de aprobare a creditului ce urmează a fi luat de societate, deși, în principiu, îndatorarea ei este un act de gestiune).

⁵ Gheorghe Beleiu, *op. cit.*, p. 510.

de aprobare (de exemplu, sub pragul valoric peste care este necesară aprobarea adunării generale), o decizie invalidată însă printr-o hotărâre a adunării generale, fără modificarea actului constitutiv. În acest caz, administratorii pot, teoretic, ignora hotărârea adunării generale, punând în executare decizia lor, invalidată, argumentând că aceasta din urmă este valabilă pentru că este statutară, iar adunarea generală nu poate lua o hotărâre împotriva statutului înainte de a-l amenda, prin procedura de la art. 113 lit. m), respectiv art. 194 alin. (2) lit. d), coroborate cu art. 117 alin. (7)⁶ din Legea societăților. Art. 117 alin. (7) interzice modificările implicite⁷, iar efectuarea tuturor actelor necesare și utile pentru realizarea obiectului de activitate, chiar atunci când este prevăzută în actul constitutiv, inclusiv prin detalierea atribuțiilor, reprezintă o clauză statutară. Clauzele statutare au efect de reglementare internă ce derogă de la normele legale dispozitive, adaugă acolo unde nu există norme legale imperative sau transpun o normă dispozitivă. Preluarea instituției juridice legale a mandatului general de administrare, de la art. 142 alin. (1) din Legea societăților și, desigur, individualizarea lui sub formă de atribuțiuni specifice reprezintă o clauză statutară. *A fortiori*, adunarea generală nu se poate substitui integral și perpetuu consiliului de administrație, deoarece ar anula *de facto* capacitatea de exercițiu a societății, adică o cauză de dizolvare a persoanei juridice în temeiul art. 237 alin. (1) lit. a) din Legea societăților. Dacă însă o decizie a consiliului de administrație depășește limitele mandatului general, legal sau statutar, lipsa mandatului special, constând în aprobarea anterioară a adunării generale, nu face actul nul ci inopozabil⁸, lăsând posibilitatea adunării de a-l ratifica ulterior, complinind astfel procedura legală sau statutară încălcată.

În concluzie, chiar dacă adunarea generală adoptă o hotărâre, anterioară sau ulterioară, contrară deciziei legale sau statutare, decizia în cauză este valabilă atunci când, conform regulilor generale privind răspunderea membrilor organului de administrare, ea a fost adoptată cu bună-credință și cu loialitate, în interesul societății, pe baza unui raționament rezonabil. Deci nu doar că decizia respectivă, odată pusă în executare, produce efecte față de societate, ci îi absolvă pe membrii organului de administrare de orice răspundere față de societate. Dacă însă hotărârea adunării generale se bazează pe actul constitutiv (amendat), atunci preluarea competenței decizionale de la consiliul

⁶ „Când pe ordinea de zi figurează propuneri pentru modificarea actului constitutiv, convocarea va trebui să cuprindă textul integral al propunerilor”.

⁷ Pentru detalii, a se vedea Sebastian Bodu, *op. cit.*, vol. II, pp. 202 și urm.

⁸ A se vedea *infra* nr. 7.1.

de administrație împiedică acest din urmă organ societar să mai ia vreo decizie. Altfel spus, adunarea generală este organul care exprimă direct voința socială și care, deci, dacă apreciază că o chestiune este suficient de importantă pentru a fi tranșată de către acționari (*decision rights*), o poate face, dar cu respectarea procedurii de amendare a actului constitutiv. Concepția europeană continentală (generată de coagularea acționarială) este, de altfel, aceea de a conferi deținătorilor capitalului o mai mare putere de implicare *ex ante*, spre deosebire de concepția anglo-americană (unde dispersia acționarială este mare și conducerea puternică), de analiză *ex post* a modului în care organul de administrare își îndeplinește atribuțiunile trasate într-un mod foarte larg. Este, de asemenea, adevărat că, acordând acționarilor o mai mare putere, posibilitatea majoritarului de a abuza de ea este mai probabilă, pe când, acolo unde conducerea este puternică și independentă (consiliul de administrație dominat de membri independenți), acționarii minoritari sunt mai bine protejați.

Atât Germania, cât și Regatul Unit au stabilit – pe cale jurisprudențială, e adevărat – criterii generale de identificare a situațiilor în care aprobarea adunării generale este necesară⁹. În Germania, doctrina implicării acționarilor a fost dezvoltată de instanța civilă supremă (*Bundesgerichtshof*), în ciuda prevederilor legale, conform căreia „atribuțiunile adunării generale a acționarilor unei societăți listate sunt expres prevăzute, altfel aceasta putând hotărî în chestiuni acționariale doar dacă este convocată de management, în acest scop”¹⁰. În faimosul caz *Holzmüller*¹¹, instanța a restrâns aplicarea și apoi a clarificat-o în cazurile *Gelatine I* și *II*¹², răsturnând-o, pur și simplu, într-o speță privind divizarea unei societăți prin separarea celei mai importante activități sub forma unei filiale. Deși divizarea necesită aprobarea adunării generale, ulterior, toate deciziile în filială se iau de către managementul societății-mamă, ca unic acționar al filialei, nu de către acționarii societății-mamă. Astfel, instanța a spus că deciziile importante cu privire la filială sunt de competența acționarilor societății-mamă și nu de competența managerilor acesteia din urmă. Această decizie a produs multă nesiguranță cu privire la întinderea atribuțiunilor managerilor, respectiv cu privire la momentul când aceștia trebuie să ceară acordul adunării generale. Deși decizia în cazul *Gelatine* a restrâns aplicarea

⁹ Cu excepția art. 179 lit. a) din legea germană *Aktiengesetz* (*AktG*), care prevede acordul adunării pentru transferul tuturor activelor. art. 2361 al codului civil italian prevede, de asemenea, acordul adunării pentru anumite acte.

¹⁰ Art. 119 alin. (2) din *Aktiengesetz* (*AktG*).

¹¹ BGH, dec. din 25 februarie 1982, în II ZR 174/80, BGHZ 83, 122.

¹² BGH, dec. din 26 aprilie 2004, în II ZR 155/02, BGHZ 159, 30, respectiv BGH, dec. din 26 aprilie 2004, în II ZR 154/02, ZIP 2004, 1001.

principiului implicării acționarilor în procedura de aprobare a unor acte, statuându-se că aceștia trebuie să decidă doar asupra actelor care au ca obiect majoritatea activelor sau care afectează semnificativ valoarea practică a drepturilor acționariale, incertitudinea planează încă asupra acestei chestiuni. Recent, o decizie a curții de apel din Frankfurt¹³ a confirmat că soluția din cazul *Holzmüller* nu se aplică doar actelor care privesc majoritatea activelor sociale¹⁴.

În dreptul englez, adunarea generală nu poate lua o decizie care aparține statutar consiliului de administrație, întrucât ar fi contrară actului constitutiv și, deci, anulabilă la cererea oricărui acționar care nu a participat sau a votat împotriva. În acest caz, se consideră o distribuție statutară a puterii de decizie¹⁵, care nu se poate modifica decât prin amendarea actului constitutiv. Altfel spus, dacă adunarea generală – deși este organul în care se formează voința socială – vrea să ia o hotărâre care, statutar, aparține consiliului de administrație, nu va putea face acest lucru fără a modifica înainte actul constitutiv¹⁶. Așa cum a spus Lordul-judecător Clauson, opiniile cu privire la controlul adunării generale asupra actelor consiliului de administrație au cunoscut o variație în timp. Cităm dintr-o hotărâre judecătorească dată în 1906 de o instanță britanică: „O hotărâre a adunării generale luată cu majoritatea celor prezenți – slabă, dar totuși o majoritate – în favoarea vânzării unui activ, vânzare despre care administratorii au considerat în mod onest că nu este în interesul companiei și că nu ar trebui să producă efecte, a fost refuzată a fi executată prin aplicarea sigiliului corporativ și alte acte de executare. Întrebarea este dacă, în conformitate cu actul constitutiv, administratorii erau obligați să execute hotărârile, în ciuda poziției lor ce ar fi trebuit înlocuită cu poziția acționarilor care au adoptat hotărârile. Majoritatea nu putea să impună obligarea administratorilor, deoarece, conform actului constitutiv, aceștia din urmă erau competenți să decidă vânzarea activelor companiei, fără o modificare a actului constitutiv prin hotărâre a adunării extraordinare fiind imposibil pentru o majoritate simplă întrunită într-o adunare să decidă în locul administratorilor”¹⁷.

Începând de la cazul *Quin & Axtens vs. Salmon* din 1935, instanțele britanice au acceptat că, atunci când există prevederi statutare care stabilesc competențe exclusive ale consiliului de administrație, adunarea generală

nu poate interfera cu decizia consiliului decât dacă această decizie este nestatutară. Într-un dosar¹⁸ în care s-a pronunțat nulitatea unei hotărâri a adunării generale, prin care a fost invalidată o decizie statutară a consiliului de administrație, unul dintre judecători a statuat că „o companie este o entitate distinctă de acționarii și administratorii săi. Unele atribuțiuni cad, conform actului constitutiv, în sarcina administratorilor, în timp ce altele sunt rezervate acționarilor întruniți în adunarea generală. Dacă atribuțiunile de conducere aparțin, conform actului constitutiv, administratorilor, numai ei pot exercita aceste atribuțiuni. Singurul mod în care adunarea generală a acționarilor poate controla deciziile consiliului de administrație este fie amendând actul constitutiv, fie prin refuzul de a-i desemna pe membrii săi pentru încă un mandat. Acționarii nu pot uzurpa puterile statutare atribuite administratorilor în aceeași măsură în care administratorii nu pot uzurpa puterile statutare ale adunării generale”. Jurisprudența britanică acceptă o singură excepție de la această regulă, și anume atunci când adunarea generală este totalitară (s-a propus chiar ca această situație să fie legiferată)¹⁹.

Atunci când atribuțiile de conducere nu sunt delegate unor directori (manageri), atribuțiile de gestiune ale consiliului de administrare constau atât în acte de administrare, cât și în acte de management. Termenul de *acte de administrare societară* are o accepțiune mai largă decât cea din dreptul comun, chiar și raportat la nivelul unui patrimoniu²⁰. O restrângere a acestor atribuții ar însemna o îngrădire nefericită a activității comerciale, cu consecințe nefaste pentru asociați, mai ales la societatea pe acțiuni. De fapt, din punct de vedere al dreptului societar, administrarea presupune realizarea oricăror categorii de acte: de conservare, de administrare și de dispoziție, cu mențiunea că, pentru anumite acte de dispoziție, este sau poate fi nevoie de aprobarea adunării generale.

Noțiunea de *atribuție* este una complexă, deoarece reprezintă atât un drept, cât și o obligație (art. 70 vorbește de drepturi, în timp ce art. 142 alin. (1) din Legea societăților vorbește despre însărcinări), deci mai aproape de dreptul public decât de cel privat. Așadar, administratorii pot uza de anumite prerogative, dar, de multe ori, acestea reprezintă și îndatoriri pentru care ei răspund, protejându-i în acest fel pe asociați și pe terți, precum și interesul public²¹. Art. 73 alin. (1) din Legea societăților enumeră câteva dintre atribuțiile legale

¹³ OLG Frankfurt, dec. din 7 decembrie 2010 – 5 U 29/10, în NZG 2011, 62.

¹⁴ Edward Rock, Paul Davies, Hideki Kanda, Reinier Kraakman, Wolf-Georg Ringe – *Fundamental Changes*, în *op. cit.*, de Reinier Kraakman ș.a., pp. 199-200.

¹⁵ David Kershaw, *op. cit.*, p. 200.

¹⁶ Sebastian Bodu, *op. cit.*, vol. I, pp. 48 și urm.

¹⁷ Judecătorul Warrington, *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Ltd. Vs. Cuninghame* [1906] 2 Ch. 34 (Court of Appeal), în *op. cit.*, de Len Sealy, Sarah Worthington, p. 186.

¹⁸ *Shaw & Sons (Salford) Ltd. vs. Shaw*, [1935] 2 KB 113 (Court of Appeal), în *op. cit.* de Paul L. Davies, Sarah Worthington, p. 388.

¹⁹ Paul L. Davies, Sarah Worthington, *op. cit.* p. 393.

²⁰ Sebastian Bodu, *op. cit.*, vol. II, pp. 238 și urm.

²¹ I.L. Georgescu, *op. cit.*, vol. II, p. 396.

punctuale, particulare: (i) verificarea realității vărsămintelor efectuate de asociați; (ii) verificarea realității profitului din care se plătesc dividendele²²; (iii) ținerea registrelor cerute de lege; (iv) îndeplinirea exactă a hotărârilor adunărilor generale; (v) îndeplinirea strictă a îndatoririlor pe care legea, actul constitutiv le impun.

În afară de aceste atribuții grupate în cadrul aceluiași articol, fără a avea pretenția de a le epuiza pe toate, alte atribuțiuni legale ale administratorilor sunt stabilite prin prevederi legale societare speciale sau chiar legi speciale, precum aceea: (i) de a prelua de la fondatori documentele și corespondența referitoare la constituirea societății prin subscripție publică (art. 30 alin. (2) din Legea societăților), prevedere care se aplică tuturor formelor societare²³; (ii) de a depune specimenul de semnătură pentru Registrul comerțului, dacă au primit și dreptul de reprezentare legală; (iii) de efectua publicitatea unor acte; (iv) de a ține în mod regulat registrele societare; (v) de a permite asociaților să verifice aceste registre; (vi) de a depune cererea introductivă de aplicare a procedurii insolvenței (art. 142 alin. (2) lit. f) din Legea societăților, coroborat cu art. 66 alin. (1) din Codul insolvenței); (vii) de a convoca adunarea generală atunci când legea o cere imperativ (de exemplu în caz de vacanță a mai mult de jumătate din funcțiile din consiliu sau atunci când activele nete scad sub jumătate din capitalul social) ori atunci când este necesar; (viii) de a participa la ședințele adunării; (ix) de a informa acționarii, în cazurile reglementate de lege; (x) de a întocmi situațiile financiare și de a le depune la unitățile ANAF; (xi) de a face propuneri adunării generale cu privire la distribuirea de dividende, precum și cu privire la anumite operațiuni care necesită aprobarea organului deliberativ.

Dacă atribuțiile de conducere sunt delegate către directori, competențele consiliului de administrație al unei societăți pe acțiuni administrate în sistem unitar rămân doar cele enumerate la art. 73, art. 142 alin. (2) sau prevăzute disparat în Legea societăților (precum la art. 117) și sunt exclusive. Conform art. 153⁹ alin. (1) din aceeași lege, la societățile administrate în sistem dualist, unde managementul este un organ societar de sine stătător prin chiar forma de administrare aleasă, consiliul de supraveghere are, tot de drept, doar atribuții de supraveghere, de monitorizare a managementului. Aceste atribuții legale sunt, de asemenea exclusive²⁴.

Deși nu este prevăzută în lege, dar rezultă din dispoziția generală prevăzută la art. 70 și art. 142 alin. (1) din Legea societăților, principala atribuțiune a administratorilor este una generică și are ca scop maximizarea valorii investiției asociaților, care sunt finanțatorii primari ai societății ce așteaptă ca sumele investite să producă cel mai bun câștig posibil legal. Această atribuțiune nu apare în lege în mod expres, fiind subînțeleasă. Astfel, legiuitorul a intervenit doar pentru a asigura o corectitudine și o unitate în administrare, depășind interesul particular al fiecărei societăți și stabilind în sarcina administratorilor obligații minimale, lăsând apoi libertatea contractuală fiecărei societăți de a stabili, prin actul constitutiv, eventuale clauze prin care asociații înțeleg să intervină în modul cum administratorii se ocupă de afacerea pe care o gestionează în profitul asociaților.

Atribuțiunile nedefinite punctual, neenumerate în mod particular, pe care membrii organului de administrare trebuie să le ducă la îndeplinire, în virtutea mandatului despre care vorbește art. 70 și 142 alin. (1) din Legea societăților, sunt deci subsumate noțiunii generale de gestiune întru prosperitatea societății și, implicit, a asociaților săi, care i-au procurat capitalul de la care așteaptă întoarceri sub formă de câștiguri²⁵, respectiv de evitare a actelor care să prejudicieze societatea. Atribuțiile, mai ales cele nedefinite și nelimitate, care, până la urmă, sunt cele mai importante pentru asociați, au la bază încrederea (*fiducia*) acordată de aceștia administratorilor, care trebuie să urmărească cu loialitate și bună-credință interesul societății atunci când îi gestionează, cu prudență și diligență, afacerile, așa cum rezultă din art. 144¹ din Legea societăților, un articol care a avut mult de așteptat până să fie (re)instaurat în lege²⁶. Cum ajung administratorii – sau, dacă există, managerii – la aceste rezultate, ține de pregătirea, experiența, relațiile, cunoștințele, *leadership*-ul, pragmatismul, viziunea ș.a., inclusiv norocul lor, ceea ce face din administrare – sau, mai corect spus, din management – o noțiune atât de complexă, încât e foarte greu a fi definită, mai ales că acest lucru nu interesează știința dreptului decât strict din punct de vedere al răspunderii civile a conducerii societății față de asociați. De aceea ne vom opri aici cu aceste considerații, o continuare a lor depășind scopul acestei lucrări și chiar sfera juridică.

²⁵ Dividende, creșterea valorii titlurilor de participare sau amândouă în proporții optime.

²⁶ Art. 144¹ alin. (4), introdus prin Legea nr. 441/2006: „Membrii consiliului de administrație își vor exercita mandatul cu loialitate, în interesul societății”. Art. 1916 C. civ.: „Când sunt mai mulți administratori [...] fiecare poate administra singur în interesul societății, cu bună-credință”.

²² Sebastian Bodu, *op. cit.*, vol. I, pp. 417 și urm.

²³ Octavian Căpățînă, *op. cit.*, p. 333.

²⁴ A se vedea *infra* nr. 1.1.

Secțiunea 1

Identitatea, respectiv separarea atribuțiunilor de gerare ale membrilor consiliului de administrație sau de supraveghere

Bibliografie: M.A. Dumitrescu – *Codul de comerț comentat*, vol. I-VII. Editura Librăriei Leon Alcalay, București, 1910-1915/ Paul I. Demetrescu, I.L. Georgescu – *Codul Comercial Carol al II-lea. Comentariu*. Editura Cartea Românească, București, 1939/ Mircea N. Costin, Corina Aura Jeflea – *Societățile de persoane*. Editura Lumina Lex, București 1999/ Emanoil Munteanu – *Regimul juridic al administratorilor societății pe acțiuni*. Editura All Beck, București, 2000/ Stanciu D. Cărpănuș, Sorin David, Cătălin Predoiu, Gheorghe Piperea – *Societățile comerciale. Reglementare, doctrină, jurisprudență*, ed. 4. Editura C.H. Beck, București, 2009

Legea conferă membrilor consiliului de administrare sau de supraveghere ai unei societăți comerciale, cu câteva excepții, aceleași puteri. În afara acestor excepții, actul constitutiv poate stabili că membrii consiliului de administrație, dar nu și ai celui de supraveghere²⁷, pot lucra separat sau împreună²⁸. Atunci când atribuțiunile sunt exercitate împreună, deciziile sunt luate în cadrul formal al ședinței de consiliu, cel puțin cu majoritate. Atunci când lucrează separat, fiecare administrator este îndreptățit să facă singur orice act de administrare. Individualizarea atribuțiunilor poate, de asemenea, să fie decisă de membrii consiliului de administrație, chiar și atunci când au delegat atribuțiunile de conducere către directori, precum și de către membrii consiliului de supraveghere. Indiferent cum se exercită atribuțiunile, împreună sau separat, conform actului constitutiv sau deciziei consiliului de administrație, respectiv de supraveghere, răspunderea față de societate a membrilor consiliului de administrație sau de supraveghere rămâne, în toate cazurile, solidară²⁹. În afară de posibilitatea separării atribuțiunilor, art. 70 și art. 142 alin. (1) din Legea societăților permite ca, prin actul constitutiv sau, pentru societățile pe acțiuni, prin hotărârea adunării generale, să se stabilească limite aplicabile consiliului în ansamblul său, adică limite ale mandatului general al consiliului și nu limite ale puterilor individuale ale membrilor consiliului.

²⁷ Conform art. 8 lit. g¹) din Legea societăților (a se vedea și *infra* nr. 4).

²⁸ „De regulă, actul constitutiv stabilește modul cum se distribuie între administratori sarcinile privind administrarea societății” (Mircea Costin, Corina Aura Jeflea, *op. cit.*, p. 269).

²⁹ A se vedea *infra* nr. 4.

Excepțiile menționate în paragraful anterior sunt: (i) exercitarea unor atribuții suplimentare de către președintele consiliului de administrație, respectiv de supraveghere, (ii) exercitarea atribuțiunilor de conducere, manageriale, delegate, doar de către unii din administratori (nu și de către unii membri ai consiliului de supraveghere, aceștia neputând fi membri ai directoratului), care devin astfel *administratori executivi*, (iii) exercitarea de atribuții specifice în cadrul comitetelor specializate și (iv) exercitarea atribuției de reprezentare doar de către unii dintre administratori.

Tratând pe rând aceste excepții, putem spune că funcția de președinte al consiliului este mai mult una onorifică (de prestanță, *primus inter pares*³⁰), astfel că atribuțiunile sale suplimentare pot fi exercitate și de alți membri, dacă președintele nu poate sau refuză să le exercite (de exemplu, atribuțiunea de convocare a consiliului), deci nu reprezintă o excepție reală. Apoi, funcția de director suprapusă peste cea de administrator nu îi diminuează în niciun fel răspunderea, ci îi adaugă una nouă. Nu în ultimul rând, rapoartele comitetelor specializate nu sunt decizii, ci recomandări, supuse dezbatelor și deliberărilor consiliului de administrație, respectiv de supraveghere, sau chiar adunării generale (de exemplu, pentru remunerarea directorilor, a membrilor directoratului, a membrilor consiliului de administrație sau a celor ai consiliului de supraveghere, conform art. 153¹⁸ alin. (4) din Legea societăților). Singura excepție care poate înlătura răspunderea unor membri ai consiliului de administrație ține de atribuția de reprezentare legală, lipsa semnăturii sociale neangajându-i pe administratorii garanți pentru acte prejudiciabile încheiate în numele societății și care nu pot fi anulate din cauza bunei-credințe a terților contractanți (membrii consiliului de supraveghere nu sunt niciodată reprezentanți legali, ci doar garanți, atribuțiunea de reprezentare aparținând, de drept, membrilor directoratului).

Solidaritatea răspunderii față de societate a membrilor consiliului de administrație sau de supraveghere, atât pentru deciziile colective, cât și pentru cele individuale, personale, exclusive, rezultă din interpretarea istorică a dispozițiilor art. 73 alin. (1) din Legea societăților, care nu prevăd nicio excepție de la solidaritate, indiferent de forma societară, în condițiile în care precursorii lui (art. 149 C. com. și apoi art. 175 din Codul Comercial *Carol al II-lea*) îi țineau răspunzători pe administratori, conform paragrafului (5), de „stricta observare a

³⁰ Gheorghe Piperea în *op. cit.*, de Stanciu D. Cărpănuș, Sorin David, Cătălin Predoiu, Gheorghe Piperea, p. 558.