

Introducere

Cuvinte-cheie: răspundere, civil, insolvență, lege, jurisprudență, faliment, debitor, creditor, asociați, acționari, delict, datorie fiduciară.

Vremurile de cumpănă în existența unei societăți confruntate cu o insuficiență a lichidităților pot și trebuie să influențeze concepția pe care administratorii și-o fac despre interesul social și criteriile la care trebuie să se raporteze atunci când adoptă o decizie în interesul afacerii, cu scopul redobândirii echilibrului patrimonial.

Dacă replierea executivului nu este promptă, insolvența, urmată de declanșarea procedurii colective, poate fi dublată și de insolvabilitate, situație în care remediile aflate la îndemâna creditorilor confrunțați cu acest adevăr dureros sunt infime.

Pentru asemenea situații, când falimentul unui debitor persoană juridică a fost determinat nu doar de o conjunctură economică nefavorabilă, ci de atitudinea abuzivă a membrilor organelor de conducere, Legea 85/2006, preluând dispozițiile existente anterior în Legea 64/1995, a reglementat posibilitatea obligării membrilor organelor de conducere să suporte o parte a pasivului debitorului, în măsura în care se fac vinovați de săvârșirea uneia dintre faptele prevăzute, așa cum vom vedea în cele ce urmează, în mod limitativ.

Deși au trecut mulți ani de la adoptarea normelor care reglementează răspunderea membrilor organelor de conducere care au contribuit la ajungerea debitorului în stare de insolvență, acestea sunt departe de a fi fără reproș, practica judiciară în materie fiind neunitară. În consecință, o „primenire” a cadrului legislativ se impunea, dar intervențiile au fost timide, neavând efectul scontat.

Inerția legiuitorului a minimalizat șansele unei protecții eficiente a participanților la raporturile juridice implicate în funcționarea societăților comerciale, afectând în egală măsură atât creditorii, cât și executivul, chiar dacă vulnerabilitățile mecanismului răspunderii se dezvăluie la momente diferite.

În practica funcționării societăților, executivul este obligat să se întrebe constant ce nu-i este interzis să facă și ce poate face mai bine pentru a defini corect strategia economică a întreprinderii. În mod inevitabil aceste „constrângeri” pot amplifica prudența administratorilor, iar lipsa de promptitudine în luarea deciziilor poate la rândul-i să genereze pierderea unei șanse a întreprinderii de a realiza profit.

Administratorul este cel care suportă o dublă povară : 1). de a răspunde așteptărilor pe care asociații le au, 2). de a proteja creditorii, comunitatea de interese din jurul întreprinderii pe care o conduce; urmărind realizarea acestor standarde, el poate săvârși greșeli.

Delimitarea erorilor de gestiune ce fac parte din exercițiul normal al funcției de erorile de gestiune aflate în legătură cu exercițiul anormal al acestei prerogative este, însă, extrem de anevoioasă și misiunea dificilă îi revine în întregime judecătorului investit cu acțiunea în răspundere.

Pentru a vedea dacă șansele realizării obiectivului unei răspunderi timpurii și integrale a executivului cât timp societatea se află în bonis pot fi sporite și care sunt obstacolele serioase în cazul răspunderii agravate determinate de ajungerea entității în stare de insolvență, am considerat utilă o sintetizare a problematicii răspunderii pentru acoperirea pasivului, în încercarea de a oferi puncte de sprijin utile practicianului confruntat cu situații concrete cărora trebuie să le dea dezlegare.

Pe baza studiului legislației, jurisprudenței și literaturii juridice vom urmări, cu precădere, aspectele care nu au primit un răspuns unitar, tranșant în doctrină și care continuă să determine soluții diferite în jurisprudență, în încercarea firească de a promova anumite interpretări care sperăm că vor determina o armonizare a practicii judiciare.

Vom analiza dacă intrarea întreprinderii în procedura insolvenței îmbracă răspunderea administratorului într-un alt „veșmânt” și dacă el este potrivit noii stări economice în care se află entitatea, încercând totodată să surprindem rolul actorilor implicați în scenariul răspunderii, limitele libertății lor de acțiune și dacă dreptul la un proces echitabil este garantat de legislația noastră.

De asemenea, scopul abordării va fi și acela de a afla dacă diagnosticarea diferită, în plan subiectiv, a ilicitului care se află la originea insolvenței, face posibilă exercitarea mai multor acțiuni în răspundere civilă, iar în cazul unui răspuns afirmativ să lămurim unde se mută centrul de greutate al operațiunilor de reîntregire a patrimoniului, cine are cărma acestor operațiuni și cum se culeg roadele unui astfel de demers.

Primul capitol este dedicat naturii juridice a răspunderii administratorului din perspectiva societăților în bonis și cea a întreprinderilor aflate în procedura insolvenței.

Raportându-ne la statutul administratorului, am optat pentru această abordare din două motive. Primul a fost acela că identificarea pilonilor pe care se sprijină răspunderea administratorilor societăților în bonis permite, prin comparație, o mai bună observație a regimului răspunderii în caz de insolvabilitate a debitorului aflat în procedura insolvenței. Al doilea este acela că, verificarea îndeplinirii standardelor manageriale nu ar trebui să difere în

funcție de starea economică a entității, considerent pentru care am plecat de la premisa că aceeași unitate de măsură trebuie să fie folosită pentru ambele ipoteze ale răspunderii.

Ca o consecință, capitolul II tratează dualismul regimului juridic al răspunderii în caz de insolvență pornind de la felul în care legea insolvenței definește noțiunea de prejudiciu, valențele fraudei și ceilalți parametri în funcție de care această răspundere poate fi activată. Nu am ignorat nici impactul pe care o instrucție penală aflată în curs l-ar putea avea asupra răspunderii civile a administratorului.

În capitolul III care analizează condițiile de fond ale răspunderii pentru acoperirea pasivului am urmărit identificarea criteriilor care servesc la recunoașterea fraudei în insolvență, relația dintre fraudă și insuficiența activului, analizei referitoare la fizionomia specială a fraudei în insolvență.

În ultimul capitol insistăm asupra chestiunii referitoare la legitimarea procesuală, din perspectiva garanțiilor de imparțialitate, dreptului la un proces echitabil și a eventualelor limitări privind accesul la justiție. Încercăm de asemenea să găsim răspunsuri în ceea ce privește necesitatea reconfigurării concepției asupra criteriilor ce definesc noțiunea administrării de fapt analizând formele de imixtiune în gestiunea unei societăți și autorii acestora. Am apreciat că problema răspunderii administratorului de fapt și cea privitoare la activarea principiului solidarității pasive trebuie cercetate cu mare atenție deoarece în acest domeniu jurisprudența noastră s-a dovedit neunitară, optând adesea pentru interpretări restrictive.

Întreaga lucrare este în realitate o pledoarie pentru armonizarea regimului răspunderii cu regimul obligațiilor care definesc statutul executivului.

Capitolul I

NATURA JURIDICĂ A RĂSPUNDERII ADMINISTRATORILOR

§1. Despre natura juridică a raporturilor dintre administrator și societate în general

1.1. Punerea problemei. Există multiple controverse legate de statutul și natura raporturilor dintre administratori și societate. Interesul practic al stabilirii naturii juridice a răspunderii civile a administratorilor rezidă în proba și întinderea acestei răspunderi. Mai multe întrebări au fost formulate cu privire la calitatea celui care conduce destinul întreprinderii pentru a se afla dacă trebuie considerat un organ social sau dimpotrivă un mandatar social.

Sâmburele caracterului contradictoriu al răspunsurilor date de doctrină în această materie se regăsește în discuțiile largi asupra naturii instituționale ori contractuale a societății. Aviditatea cu care argumentele au fost reperate și consumate în schimbul uneia sau alteia dintre teoriile mai sus amintite, în loc să consolideze abordările propuse, au creat breșe, sporindu-le vulnerabilitatea.

În căutarea unui echilibru, parcă istovită de atâta oscilare, o parte a doctrinei a optat pentru abordări care lăsau să se ivească zorii concilierii. Armonia părea posibilă, nu datorită concesiilor, ci flexibilității de care s-a dat dovadă în încercările de a se propune o nouă definiție a conducătorului societar.

Așa s-a născut ideea de mandat social de interes comun și abordarea conform căreia raporturile dintre administratori și societate au o natură eclectică contractual-fiduciară și funcțională, derivată din complementaritatea fundamentului mandatului comercial și a teoriei funcției.

1.2. Opiniile privind natura juridică a raporturilor dintre administratori și societate.

1°. O parte a doctrinei și jurisprudenței a fost și mai este încă tributară teoriei mandatului, *răspunderea civilă de drept comun a administratorilor*, fiind în mod natural calificată drept *contractuală*. Potrivit acestei teorii administratorii au calitatea de mandatar social, iar originea reprezentării o constituie contractul de societate.

2°. Adepții teoriei organiciste susțin că administratorii, în exercitarea funcțiilor, nu au voință proprie, dar exprimă voința colectivă a asociaților, nefiind subiecte de drept distincte de societate, ci parte integrantă a acesteia. Ca atare, puterea lor nu izvorăște dintr-un contract încheiat între ei și societate, ci din lege.

3°. Opinia partizanilor concepției instituționale a fost combătută, relevându-se că originea reprezentării are o natură diferită, nefiind una legală. S-a spus că ceea ce contează în privința determinării originii situațiilor juridice este voința care le generează, reprezentarea socială bazându-se în mod cert pe un act de voință ce nu are nimic cu legea, deoarece conținutul acestei reprezentări este în sens larg „legalizat”.

4°. Alți autori împărtășesc teza conform căreia raporturile dintre societate și administrator au o dublă natură – contractuală și legală, răspunderea acestuia fiind contractuală sau delictuală, în funcție de natura obligației încălcate.

1.3. Opinia la care ne raliem. Abordarea conform căreia raporturile dintre administratori și societate au o natură eclectică contractual-fiduciară și funcțională, derivată din complementaritatea fundamentului mandatului comercial și a teoriei funcției, răspunde și în opinia noastră exigențelor referitoare la eficientizarea regimului răspunderii, întrucât, așa

cum corect s-a subliniat, permite un regim agravat al răspunderii prin raportare la criteriul culpa levis in abstracto.

§2. Răspunderea administratorilor în cazul societăților in bonis

2.1. Răspunderea ordinară a administratorilor față de societatea in bonis.

Încălcarea obligației de a acționa în interesul societății poate constitui temeiul angajării răspunderii sale directe față de entitatea reprezentată. Societatea, în calitate de custode al patrimoniului ce constituie gajul general al creditorilor săi, poate exercita acțiunea prin care se tinde la reconstrucția patrimonială.

A. Regimul obligațiilor fiduciare

a. Obligația de a executa mandatul cu bună credință în conformitate cu interesul social precum și *obligația de diligență și prudență* reglementată de art. 144¹ din LSC sunt coordonatele de referință ale obligațiilor fiduciare, dar un bilanț pozitiv este adeseori dificil de realizat, deoarece interesul social - ca reper cameleonic - poate schimba percepția asupra modului de executare a mandatului, zonele de demarcație între conformitate și neconformitate fluctuând în funcție de starea economică a entității și a comunității de interese care gravitează în jurul acesteia .

„Spațiul” *obligației de a executa mandatul cu bună credință în conformitate cu interesul social* este „ocupat” de: obligația de loialitate, obligația de informare și transparență și obligația de a nu divulga informații confidențiale și secretele de afaceri, fără ca vreuna dintre acestea să prevaleze, perspectiva – și nu întinderea răspunderii – fiind, în opinia noastră, egală, indiferent de felul îndatoririlor fiduciare încălcate.

Înțelesul și rolul informării nu trebuie însă denaturate, motiv pentru care, raportarea la un standard de comportament constituie un antidot potrivit pentru acest tip de contaminare. În opinia noastră, formalizarea ori temporizarea excesivă a procedurilor de informare, cerința supervizării de către organisme independente a informațiilor furnizate de executiv constituie tot atâtea riscuri de ruinare a afacerii ca și informarea lacunară sau lipsa ei.

b. Obligația de prudență și diligență

Standardul bunului administrator definit de art. 144¹ LSC trebuie raportat la cunoștințele , competențele și aptitudinile pe care „ in abstracto” trebuie să le aibă o persoană care ocupă o astfel de funcție ,*reflecția asupra acestui standard fiind, în opinia noastră nedisociabilă de contextul economic și cultural actual*, și asta deoarece conducătorii

întreprinderii se confruntă cu globalizarea economiei, intensificarea concurenței, într-un ritm fără precedent, conducerea întreprinderii în mod profitabil implicând un înalt grad de profesionalism din partea acestora.

În această „mișcare”, lipsa de acțiune poate constitui o gravă eroare. Este posibil ca ea să fie generată de o abținere - rezultat al unei *strategii* menite să satisfacă nu interesul societății, ci un interes contrar.

Conflictul de interese poate fi disimulat prin invocarea cerinței referitoare la respectarea obligației de diligență și prudență. În spatele acestei „uși” pot fi ascunse interese străine de cel social, deoarece strategia „de a nu adopta o strategie” este adeseori justificată de administratori ca fiind consecința îndeplinirii acestei obligații.

Fiind însărcinată cu îndeplinirea tuturor actelor necesare și utile pentru realizarea obiectului social, *administrația definește strategia întreprinderii*.

Dacă menținerea cu încăpățănare a unei strategii riscante, ale cărei efecte dăunătoare puteau fi în mod firesc și logic întrevăzute de un „bun administrator”, s-a dovedit vătămătoare pentru patrimoniul entității, administratorul va răspunde, întrucât a dovedit o lipsă de atenție în informare și luarea deciziei.

Instituirea de lege lata a obligației de diligență și prudență creează, așadar, premisele antrenării răspunderii pentru culpa cea mai ușoară. Dar imprudența și neglijența par să conteze în jocul răspunderii mai mult, cât timp societatea este în bonis decât în situația insolabilității sale.

B. Regimul obligațiilor statutare

Trebuie reamintit faptul că nu numai nerespectarea obligațiilor fiduciare pot activa răspunderea civilă a administratorului, ci și neîndeplinirea obligațiilor legale – statutare.

Dintre obligațiile legale instituite în sarcina administratorilor prin lege fac parte obligațiile prevăzute de art. 73, 49, 78, 117, 119, 150 din LSC. Chiar și obligația de îndeplinire a hotărârilor organului deliberativ a fost calificată de doctrină, în mod justificat, drept una organică. Fiind vorba de obligații de rezultat, culpa administratorului este prezumată.

C. Procedura acțiunii sociale în răspundere

Soarta acțiunii sociale ut - universi depinde de voința acționarilor majoritari. Adeseori, interesul ocult al acestora de a menține administrația o lipsește de eficiența scontată de legiuitor. În acest caz, singura șansă o constituie acțiunea ut – singuli.

Acțiunea individuală, a acționarilor minoritari, poate fi exercitată doar în condițiile prevăzute de art. 155¹ LSC și are un evident caracter subsidiar, păstrându-și totodată și

caracterul social, însă povara avansării cheltuielilor judiciare de către acționarii minoritari reprezintă o frână destul de eficientă în calea demersului.

D. Fragilitatea răspunderii

Remarcăm că, de lege lata, șansele teoretice ale reparării prejudiciului social atunci când societatea este în bonis sunt superioare față de situația ajungerii entității în stare de insolvență, pentru că nu numai fraudă și interesul social sunt indicatorii reali ai răspunderii, ci și greșelile de gestiune săvârșite din neglijență ori imprudență.

Primul dintre aceștia îl constituie pasivitatea, refuzul acționarului majoritar de a iniția procedură judiciară fie datorită interesului ocult pentru menținerea în funcție a executivului, fie datorită informării sale neadecvate pentru că adesea situațiile financiare nu reflectă o imagine fidelă a întreprinderii. Primul și cel mai eficient remediu împotriva acestei atitudini a acționarului majoritar este acțiunea ut – singuli. Instituirea auditului financiar independent - extern ca regulă, indiferent de tipul societății, poate constitui, de asemenea, o supapă de siguranță pentru asigurarea unei informări adecvate.

Al doilea factor în ecuația fragilității răspunderii este cel referitor la dificultatea stabilirii raportului de cauzalitate dintre fapta imputată administratorului și prejudiciu, aprecierea raportului de cauzalitate fiind delicată în practică din motive ce țin de înlănțuirea „operațiunilor societare” (actelor vieții sociale) și evenimentele exterioare susceptibile de a amplifica efectele păgubitoare ale unor decizii sociale. O moderare a răspunderii ar fi posibilă numai cu condiția ca judecătorul să apeleze la noțiunea de prejudiciu previzibil. Acest posibil remediu readuce în atenție controversa legată de natura răspunderii, nefiind funcțional în caz de răspundere delictuală. De asemenea, recurgerea la noțiunea de pierdere a unei șanse este o alternativă posibilă.

Al treilea factor îl constituie principiul reparației integrale a prejudiciului. Riscul pe care îl presupune principiul reparației integrale poate fi un puternic inhibitor al inițiativei individuale în activitatea de administratorului, iar consecințele acestei inhibiții sunt la fel de nefaste ca și lipsa de prudență. Un blocaj de acest gen ar putea fi evitat prin stipularea în actele constitutive a unor clauze de limitare a răspunderii.

2.2. Legătura dintre fapta ilicită și funcție - criteriu de scindare a răspunderii administratorului față de societate și terți. Răspunderea civilă a administratorului față de societate va fi o răspundere directă atunci când prejudiciul este cauzat societății și va fi o a

răspundere indirectă, atunci când prejudiciul este cauzat unui terț de către administrator, în exercitarea atribuțiilor sale, iar terțul a fost despăgubit de către societate.

A. De la fapta săvârșită în exercițiul atribuțiilor de gestiune...

În condiții de desfășurare normală a activității, terții au posibilitatea de a se îndrepta împotriva societății, eficiența acestui remediu legal fiind incontestabilă atât timp cât solvabilitatea întreprinderii reprezintă garanția cea mai sigură a recuperării prejudiciului.

S-ar putea crede, nu fără temei, că în noul cod civil s-a optat pentru „abolirea” (suprimarea) răspunderii societății față de terți în cazul faptelor ilicite ce au doar o legătură nelegitimă, firavă sau aparentă cu atribuțiile sau scopul funcțiilor încredințate, soluție care ar schimba substanțial proporțiile între răspunderea socială și răspunderea excepțională.

Regula răspunderii societății față de terți ar deveni excepție și răspunderea excepțională a administratorului în raport cu aceștia din urmă ar dobândi statut de regulă. Ne întrebăm dacă schimbarea raportului de forțe dintre răspunderea socială și răspunderea personală ar aduce și beneficiile scontate. În opinia noastră, prognosticul nu poate fi decât unul rezervat.

Ținând cont de această interpretare restrictivă, tentația societății de a se apăra de răspundere, invocând lipsa unei legături cu atribuțiile sau scopul funcției încredințate administratorului, va fi tot mai mare, iar misiunea de a repera abuzul (exercițiul anormal al funcției) tot mai oneroasă, disocierea în acest mod a răspunderii proprii a persoanei morale de cea a administratorului său devenind extrem de păguboasă pentru terț, dar benefică pentru întreprindere.

B. ...la faptele detașabile de funcția de administrator

Potrivit jurisprudenței franceze, administratorul răspunde personal față de terțul prejudiciat printr-o greșeală de gestiune separabilă de funcția deținută care nu are legătură cu exercițiul normal al funcției sale în societate și este exterioară contractului încheiat în numele societății cu terțul prejudiciat. Doctrina a criticat aspru această orientare, socotind că ea creează un spațiu amplu de impunitate.

Prin noul cod civil, „vigilent” legiuitorul român a reacționat, părând că restricționează, fără vreo nuanță accesul terților la răspunderea socială, în cazul faptelor ce pot fi disociate de scopul funcției încredințate administratorului, reîntoarcerea la răspunderea personală fiind, de lege lata, sigura soluție posibilă.

Dar interpretarea în această manieră a noii soluții legislative ar facilita o mărire a spațiului de impunitate, fiindcă ar scoate irevocabil din joc răspunderea socială a entității. Apreciem că o faptă care nu are legătură cu scopul funcției încredințate, dar ține totuși de exercițiul puterii de administrare, nu ar trebui să excludă de principiu angajarea răspunderii sociale și să atragă numai răspunderea personală a administratorului față de terți. Dacă s-ar admite ideea că legiuitorul a înțeles să scoată de sub tutela răspunderii sociale a entității această categorie de greșeli, transferându-le pe tărâmul răspunderii excepționale a administratorului față de terț, domeniul răspunderii sociale pretinse de terț pe teme delictuale și-ar vedea într-atât restrânsă suveranitatea, încât sarcina împovărătoare a acordării indemnizației pentru repararea prejudiciului cauzat de exercițiul anormal al funcției deținute de administrator ar reveni în exclusivitate acestuia din urmă. S-ar spune în acest scenariu că victima poate răsufla ușurată, visul de a fi despăgubită de autorul faptei ilicite prejudiciabile devenind realitate, dar această realitate nu este lipsită de cruzime atunci când administratorul este insolubil.

2.3. Răspunderea personală față de asociați. Faptul că administratorul are atribuții - puteri stabilite esențialmente prin lege pe care trebuie să le exercite asupra bunurilor altora și în interesul altora: al societății sau asociațiilor, justifică recunoașterea de principiu a unei răspunderi directe a acestuia față de asociați. Nu există, însă, o unitate de vederi asupra fundamentului acestei răspunderi.

A. Asociații, creditorii ai obligației de loialitate?

O parte a doctrinei și jurisprudenței afirmă caracterul contractual al răspunderii, pornind de la recunoașterea unei obligații de loialitate a administratorului față de fiecare asociat în parte, dar opțiunea pentru caracterul delictual al răspunderii este cel mai des întâlnită. Nu negăm faptul că atribuțiile administratorului se află în slujba interesului social, dar extinderea domeniului obligațiilor fiduciare „directe” față de fiecare asociat în parte ni se pare excesivă. Până la urmă, asociatul este un creditor intern al societății și dacă se acceptă ideea că obligația fiduciară operează direct în raport de asociați, de ce nu s-ar merge mai departe cu acest raționament, pentru a se considera că ea este activată, în anumite condiții – de pildă iminența insolvenței – și față de creditorii. Faptul că interesul social poate fi privit ca interes comun al asociațiilor în prosperitatea afacerii întreprinderii nu poate fi unicul argument pentru a califica drept contractuală răspunderea directă a administratorului și față de asociați. În primul rând, nu există o legătură contractuală între administrator și asociați, care să genereze îndatoriri fiduciare directe ale administratorului față de aceștia din urmă. Ori, răspunderea

contractuală este o răspundere specială, derogatorie de la dreptul comun al răspunderii delictuale, care nu poate exista dacă nu există contract.

Pe de altă parte, interesul social poate include la un moment dat creditorii și comunitatea de interese din jurul întreprinderii, fără să se poată vorbi de o extensie a obligației fiduciare a administratorului față de aceste categorii.

De cele mai multe ori, răspunderea intervine în acest domeniu datorită încălcării unor obligații legale atașate funcției, străine de orice raport fiduciar și care activează o răspundere organică.

B. O răspundere excepțională limitată la prejudiciul individual

Dincolo de disputele legate de temeiul contractual sau delictual al acestei răspunderi, acțiunile individuale ale asociaților / acționarilor rămân adesea fără rezultat.

Imunitatea administratorului în acest domeniu se datorează politicii jurisprudențiale extrem de prudente, care recunoaște rar ca fiind îndeplinită cerința referitoare la existența unui prejudiciu individual distinct de prejudiciul social.

Deși din poziția sa de „creanțier” intern al societății deținătorul părților de interes poate angaja răspunderea administratorului mai facil, reparația prejudiciului individual al acționarului are caracter excepțional, astfel, ori de câte ori prejudiciul individual este o consecință a prejudiciului social, răspunderea civilă directă a administratorului față de asociați/ acționari nu poate opera.

Așadar, spațiul ce poate fi alocat prejudiciului individual este infim. Cazurile în general acceptate de jurisprudență se referă la atentatele asupra drepturilor individuale ale acționarilor, care nu cauzează un prejudiciu societății însăși, intrând în această categorie : deturnarea dividendelor, lezarea dreptului la informare și a dreptului de vot.

§3. Răspunderea administratorilor în cazul întreprinderilor în dificultate

3.1. O răspundere delictuală specială. Răspunderea poate fi activată doar în peisajul clasic al insolvenței, contemporaneitatea procedurii constituind punctul său de plecare, în timp ce insuficiența activului este singurul mediu în care acest tip de răspundere se poate obiectiva. Totodată, faptele ilicite care pot da naștere acestei răspunderi sunt limitativ prevăzute de lege, fiind numai fapte intenționale.

Prejudiciul la care se referă art. 138 este un prejudiciu colectiv constând în imposibilitatea acoperirii întregului pasiv datorită insuficienței activelor debitorului. El este așadar conceput sub forma insuficienței activului ca risc colectiv de neîncasare a creanțelor, în timp ce, titularii acțiunii sunt expres și limitativ enumerați de lege.

Aceste particularități dovedesc că este vorba despre o răspundere civilă delictuală specială, care doar împrumută unele caracteristici ale răspunderii civile delictuale de drept comun.

3.2. Acțiunea în acoperirea pasivului – sancțiune sau acțiune sui generis.

Pentru clarificarea acestui aspect considerăm relevante următoarele aspecte: acțiunea are la origine procedura insolvenței; dovada legăturii de cauzalitate dintre greșeala de gestiune și valoarea datoriilor sociale nu este necesară, singura condiție cerută în acest sens este fiind aceea a dovediri că fapta imputată administratorului a condus la încetarea plăților; sindicul îl poate obliga pe administrator la plata în integralitate a datoriilor sociale. Deși această posibilitate ar putea atribui acțiunii mai mult natura unei sancțiuni, după părerea noastră, teza sancțiunii nu este incompatibilă cu cea potrivit căreia acțiunea este o acțiune în răspundere civilă, deoarece răspunderea civilă are întotdeauna rolul unei sancțiuni.

3.3. Eficacitatea accesului la justiție.

Factori externi, ce nu țin de voința subiecților legitimize să acționeze, pot comprima termenul de trei ani în care acțiunea se prescrie, soarta procedurii fiind pecetluită, dacă se constată că nu există bunuri în averea debitorului ori că acestea sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile administrative și creditorii nu se oferă să avanseze sumele necesare. Judecătorul sindic nu are altă opțiune decât aceea a închiderii procedurii, cu consecința radierii debitorului din registrul de publicitate.

Regula stabilită prin art. 131 transferă toate riscurile în sarcina creditorilor, atunci când raportul dintre beneficiile scontate, în caz de continuare a procedurii, și costurile acestei operațiuni devine incert, soluția fiind justificată de interesul statului pentru asanarea cu celeritate a mediului de afaceri.

Dar, prin închiderea procedurii, înainte de epuizarea termenului de prescripție, repararea prejudiciului constând în insuficiența activului de către autorul său devine practic imposibilă. Și atunci ne putem întreba în ce măsură este garantat în mod real accesul victimelor la justiție?

Cerința avansării de către creditorii a sumelor necesare acoperirii cheltuielilor administrative, pentru a evita închiderea prematură a procedurii, reprezintă, fără îndoială, o limitare a accesului la justiție.

Apreciem că limitarea este admisibilă doar atât timp cât nu afectează substanța dreptului prin instituirea unor obligații pecuniare excesive, care să determine abandonul.

A. Prescripția dreptului la acțiune

Dreptul la acțiunea în acoperirea pasivului se prescrie în termen de 3 ani, iar prescripția începe să curgă de la data la care a fost cunoscută sau trebuia cunoscută persoana care a cauzat apariția stării de insolvență, însă nu mai târziu de 2 ani de la data pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii. În principiu, masa credală poate lua cunoștință de persoana răspunzătoare de apariția stării de insolvență din cuprinsul raportului întocmit de administratorul, lichidatorul judiciar în temeiul art. 59 din Legea nr. 85/2006. Nu trebuie însă ignorată semnificația altor mijloace de probă, judecătorul sindic investit cu soluționarea pricinii fiind suveran în aprecierea acestei chestiuni de fapt.

B. Executarea silită a hotărârii de angajare a răspunderii administratorului

Sentința prin care s-a dispus atragerea răspunderii în sensul obligării administratorilor pârâți la suportarea unei părți din pasivul debitorului este definitivă și executorie iar executarea silită se realizează de către executorul judecătoresc, conform Codului de procedură civilă, judecătorul sindic sau administratorul judiciar/lichidatorul neavând vreo atribuție în afara celor la care fac referire prevederile art. 142 alin. (2) din Legea nr. 85/2006. Prin urmare, eficacitatea accesului la justiție este asigurată și prin modalitatea în care executarea sentinței se poate realiza.

Executarea silită poate interveni în timpul perioadei de observație, în timpul derulării procedurii propriu-zise (a reorganizării judiciare și/sau a falimentului) iar sumele obținute vor intra în averea persoanei juridice debitoare, fiind destinate, în caz de reorganizare, plății creanțelor potrivit programului de plăți, completării fondurilor necesare continuării activității debitorului, iar în caz de faliment, acoperirii pasivului.

Jurisprudența a mai statuat în sensul că persoanele interesate de executarea silită a hotărârii pronunțate împotriva administratorilor statuari ai debitoarei sunt îndreptățite să formuleze cerere de executare silită, având totodată obligația de a achita onorariul datorat

executorului judecătoresc, neexistând temei pentru a fi utilizat fondul constituit conform art.4 alin.4 din Legea nr.85/2006 în acest scop atunci când în patrimoniul debitoarei nu există lichidități. Dacă procedura este închisă, repartizarea sumelor rezultate în urma procedurii execuționale se efectuează de către executorul judecătoresc, dar în cazul în care procedura nu fost închisă numai lichidatorului judiciar îi va reveni atribuția repartizării sumelor.

Capitolul II

DUALISMUL REGIMULUI JURIDIC AL RĂSPUNDERII ÎN CAZ DE INSOLVENȚĂ

§1. Neajunsurile reconstrucției temporare a patrimoniului social în procedura insolvenței. De la acțiunea în acoperirea pasivului, la acțiunea în răspundere din dreptul comun al societăților

1.1. Caracterul restrictiv al noțiunii de prejudiciu ca și condiție a răspunderii civile

A. Utilitatea redefinirii conceptelor de prejudiciu social, prejudiciu individual distinct de prejudiciul social

Reconstrucția temporară a patrimoniului social în procedura insolvenței are mari neajunsuri, pentru că ignoră prejudiciul social care excede insuficienței activului, ori care nu se află în legătură cu acesta, nesocotește prejudiciul încercat de creditorii prin sistarea curgerii dobânzilor după deschiderea procedurii. Totodată, nu permite asociatului/acționarului șansa de recuperare în vreun fel prejudiciul individual generat de pierderea investiției, care, de această dată, este cert .

În ce ne privește, considerăm că dreptul la reparația prejudiciului generat acționarilor de pierderea investiției urmare a insolvenței trebuie recunoscut .Chiar dacă se află în legătură cu prejudiciul social, având drept sursă nerespectarea dovedită a unei obligații fiduciare, acest prejudiciu se impune a fi reparat. Vorbim, fără îndoială, de un prejudiciu indirect suferit de investitorii care și-au pierdut afacerea.

Când răspunderea administratorului trebuie scindată atât față de societate, cât și față de terți, dacă noțiunea de prejudiciu social ar fi definită extensiv și nu numai prin raportare la

prejudiciul colectiv al creditorilor, societatea și implicit asociații ar fi mai protejați împotriva riscului spoliei.

Numai că, atât timp cât, de lege lata, în insolvență, plafonul maxim al răspunderii îl constituie valoarea pasivului exprimat doar de creanțele creditorilor, societatea văduvită de acțiunea ut universi nu poate spera nici măcar teoretic la repararea prejudiciului ce excede acestui pasiv.

Deși „slăbiciunea” (deteriorarea stării economice) entității face să apară o sumă de prejudicii individuale în detrimentul asociațiilor și creditorilor, generând deschiderea procedurii colective, definirea acestor prejudicii nu beneficiază de o abordare mai indulgentă față de situația societății in bonis.

Credem că strategia corectă pentru înlăturarea impedimentelor semnalate este reconfigurarea, în caz de insolvență, fie a noțiunii de prejudiciu social, fie acceptarea cumulului acțiunii speciale cu acțiunile de drept comun alături de redefinirea conceptului de „prejudiciu individual distinct al asociațiilor/creditorilor”.

B. Răspunderea pentru prejudiciul ce excede pasivului recunoscut în procedură

În doctrina franceză s-a apreciat că principiului reparației integrale a prejudiciului constituie o frână în calea obținerii despăgubirilor, datorită problemelor pe care le ridică delimitarea precisă a prejudiciului. Acest raționament poate explica într-un fel de ce acțiunea în răspundere promovată în cadrul procedurii colective eludează principiul reparației integrale a prejudiciului.

În ce ne privește, apreciem că, în lipsa unor clauze statutare de limitare a răspunderii, obiectivul reparației integrale a prejudiciului trebuie atins și în caz de insolvență. Altfel s-ar crea un tratament diferențiat, nefiind de conceput ca situația administratorilor care au contribuit la falimentul societății (*lato sensu*) să fie mai favorabilă decât cea a administratorilor unei societăți in bonis

1.2. Caracterul restrictiv al faptelor generatoare de prejudiciu

A. Răspunderea pentru fapta ilicită săvârșită în modalitatea intenției, care nu se încadrează în una din situațiile limitativ prevăzute de art. 138, ori în modalitatea culpei

Așa cum am mai arătat, Legea insolvenței a integrat acestei răspunderi excepționale doar câteva fapte ilicite enumerate limitativ în articolul 138. Toate acestea sunt, însă, numai

fapte intenționale, iar categoria greșelilor de gestiune comise din neglijență, imprudență a fost uitată.

Semnificația profund antisocială și vătămătoare pentru întreprindere a faptelor enumerate limitativ de articolul 138 este facil de conștientizat, trădarea interesului social și opțiunea clară a administratorului pentru o conduită compatibilă cu interesul propriu dar incompatibilă cu interesul entității pe care o reprezintă nefiind altceva decât expresia unei culpe intenționale.

Abordarea legislativă din dreptul insolvenței ignoră regimul agravat al răspunderii prin raportare la criteriul culpa levis in abstracto. Dar un regim agravat al răspunderii s-ar putea materializa numai înaintea jurisdicției comerciale de drept comun, dacă nu se acceptă ideea competenței funcționale a judecătorului sindic și, în acest caz, pornind de la aceea că o astfel de acțiune are ca obiect tocmai întregirea averii debitorului. În legătură cu această chestiune nu există o jurisprudență unitară.

Dacă cumulul celor două acțiuni nu ar fi acceptat, repararea prejudiciului aflat în corelație cu greșelile neintenționale ar deveni imposibilă, iar accesul victimei la justiție ar fi grav limitat .

Restrângerea răspunderii administratorului unei societăți aflată în insolvență doar la faptele enumerate de art. 138, pe lângă faptul că nu ar răspunde criteriului culpa levis in abstracto, ar echivala cu un îndemn la ignorarea regulii prudenței administratorului în gestiunea afacerilor debitoarei.

Mesajul, chiar dacă subliminal, ar determina o scădere a vigilenței conducătorului precum și a standardului de apreciere referitor la conformitatea deciziei manageriale, cu consecința uzurpării domeniului de influență a obligației de diligență și prudență și asta deoarece administratorul s-ar simți apărat de răspundere în cazul greșelilor neintenționale.

B. Răspunderea civilă a administratorului pentru fapte ulterioare declarării stării de insolvență

Răspunderea pentru acoperirea pasivului nu intervine dacă fapta ilicită imputată administratorului este ulterioară deschiderii procedurii.

Dispozițiile art. 138 din legea insolvenței nu lasă loc de interpretare, întrucât faptele ilicite, pentru care răspunderea poate fi antrenată, sunt toate fapte anterioare deschiderii procedurii și care au condus la „instaurarea” stării de insolvență.

1.3. Cumulul acțiunilor în răspundere prevăzute de Legea 85 /2006 și Legea 31/90 , posibil remediu

A. Condițiile de admisibilitate a coexistenței celor două forme de răspundere

De regulă, acțiunea de drept comun este absorbită de acțiunea specială reglementată de art. 138 în cazul în care faptele ilicite invocate se încadrează în categoria celor limitativ prevăzute de acest din urmă articol.

Dar dacă temeiul acțiunii îl constituie: 1) greșeala de gestiune săvârșită din culpă, ori 2) o faptă ilicită posteroară epocii la care s-a deschis procedura sau 3) prejudiciul nu este asimilabil numai insuficienței activului, recurgerea la dreptul comun este singura strategie corectă . Aceeași strategie este valabilă și în cazul invocării unui prejudiciu individual distinct de prejudiciul social, indiferent de caracterul intențional sau neintențional al ilicitului invocat de victimă.

În cele două ipoteze amintite, prin victime se înțeleg atât societatea (pentru prejudiciul social), acționarii / asociații (pentru prejudiciul social sau prejudiciul individual distinct de prejudiciul social), cât și terții (pentru prejudiciul individual distinct de prejudiciul social).

În legislația noastră ,dacă există un singur creditor înscris la masa credală, el poate promova acțiunea în răspundere în pofida faptului că organele procedurii refuză exercitarea acțiunii, deși prejudiciul invocat nu poate fi strict demarcat de încetarea plăților.

Nu aceeași șansă o are însă creditorul minoritar, în cazul căruia legea nu s-a dovedit atât de generoasă. Acesta din urmă nu poate promova acțiunea în răspundere în procedura insolvenței, dar nici înaintea jurisdicției de drept comun, întrucât, pe de o parte nu i se recunoaște calitatea procesuală de acționa singur în procedură, iar, pe de altă parte, prejudiciul, deși personal, nu poate fi calificat drept distinct de prejudiciul social, remediul clasic posibil fiind acela al acțiunii în despăgubiri promovată împotriva organelor procedurii care au refuzat fără temei exercitarea acțiunii.

Fragilitatea răspunderii administratorului în calitate de autor al prejudiciului se accentuează nefiresc față de victima cu cele mai puține șanse de izbândă, sporindu-i vulnerabilitatea, revendicările judiciare ale creditorilor minoritari - care nu se supun voinței majorității – îndreptate direct împotriva autorului faptei ilicite, fiind sistematic ignorate de jurisprudență.

Ea reduce aproape la tăcere beneficiile care păreau să se întrevadă din instituirea prevederilor art. 73 lit. c din LSC .

De ce drept nou al creditorilor vorbește această normă, în situația insolvenței, când dreptul de acțiune este subsumat voinței colective a creditorilor, iar acțiunea în răspundere de drept comun pentru repararea prejudiciului individual suferit de creditor era oricum deschisă încă de pe vremea când societatea se afla în bonis?

Nerecunoașterea efectivă a dreptului de a solicita repararea pe cale judiciară a prejudiciului încercat, îndepărtează creditorii individuali de la justiție, iar absența unui recurs efectiv, ce decurge din principiul non-cumulului celor două acțiuni, constituie, și după părerea noastră, sursa unor grave inechități.

B. Particularitățile răspunderii extraordinare față de terți, angajate în timpul procedurii insolvenței

Admisibilitatea acțiunii în răspunderea administratorului promovată de terți pentru fapte anterioare deschiderii procedurii colective stă sub semnul unor condiții extrem de restrictive, care îi diminuează în mod real șansele de reușită și anume: invocarea de către creditor a unui prejudiciu personal distinct de cel al celorlalți creditori și condiția ca prejudiciul să fie cauzat printr-o greșală separabilă de funcția deținută. Atunci când se pune problema reparării prejudiciului colectiv, împrejurarea că fapta imputată are sau nu legătură cu atribuțiile și scopul funcției încredințate este lipsită de semnificație.

În pofida acestei inegalități de tratament, deschiderea procedurii colective nu împiedică terții să obțină repararea unui prejudiciu individual. O atare acțiune se va purta, însă, înaintea jurisdicției de drept comun și nu înaintea celei care instrumentează procedura colectivă. Ea va putea fi exercitată și după închiderea procedurii, dar în limita termenului de prescripție extinctivă.

C. Regimul răspunderii administratorului asociat care, în fraudă creditorilor, abuzează de caracterul limitat al răspunderii sale și de personalitatea juridică distinctă a societății

Răspunderea asociatului administrator pentru acoperirea pasivului poate să se alăture răspunderii cu caracter nelimitat datorată, în calitate sa de asociat, pentru toate obligațiile neachitate ale societății aflate în etapa lichidării, atât timp cât nu se are în vedere acoperirea aceluiași prejudiciu.

Soarta prejudiciului social constând în insuficiența activului (ca stare de insolvabilitate a patrimoniului) va fi determinată doar în cadrul acțiunii în răspundere prevăzute de art. 138 din legea insolvenței.

D. Regimul răspunderii administratorilor societăților în nume colectiv în comandită simplă. Acțiunea în acoperirea pasivului vs. extinderea procedurii insolvenței față de asociatul administrator

Judecătorul-sindic poate să dispună și angajarea răspunderii administratorilor neasociați, în măsura în care aceștia se fac vinovați de săvârșirea uneia dintre faptele prevăzute de art. 138 doar în situația în care după executarea silită a asociaților, datoriile societății nu au fost acoperite în întregime.

§2. Răspunderea pentru una din situațiile limitativ prevăzute de art.138, care constituie o faptă penală și mijloace procesuale de obiectivare

2.1. Impactul instrucției penale asupra acțiunii în acoperirea pasivului.

Scenariul cumulului acțiunii în acoperirea pasivului cu acțiunea în răspundere de drept comun exercitată în procesul penal devine posibil numai dacă ilicitul care se află la originea insolvenței este generator de răspundere penală și se află la originea mai multor prejudicii, distincte de acela al insuficienței activului.

2.2. Dreptul victimelor de a alege între jurisdicția comercială și instanța penală în vederea angajării răspunderii patrimoniale a administratorului pentru insuficiența activului realitate sau ficțiune?

Soarta răspunderii civile pentru insuficiența activului generată de o infracțiune poate fi decisă exclusiv în procedură. Dreptul victimei de a alege între jurisdicția comercială sau instanța penală, în vederea angajării răspunderii patrimoniale a administratorului pentru insuficiența activului, nu există pentru simplul motiv că societatea, ca victimă a prejudiciului născut din infracțiune, și asociații, de lege lata, nu-l pot investi pe judecătorul sindic cu acțiunea în reparație.

Opțiunea pentru sesizarea jurisdicției comerciale sau represive, fiind profund atașată noțiunii de titular al dreptului la acțiune, nu poate funcționa cât timp însuși dreptul de a exercita acțiunea în acoperirea pasivului nu aparține societății, asociaților/ acționarilor.

2.3. Principiul celerității procedurii insolvenței vs. Regula „penalul ține în loc civilul” și principiul aflării adevărului judiciar.

Nerecunoscând existența unui drept de a alege între jurisdicția represivă și judecata înaintea judecătorului sindic, problema aplicării art. 19 din Codul de procedură de penală nu este reală.

O jurisprudență relativ recentă consfințește teza independenței celor două proceduri, afirmând că, în ipoteza existenței unei acțiuni penale, caracterul colectiv al procedurii reglementate de Legea 85/2006 și interesele economice ale creditorilor ar putea fi compromise prin suspendarea acțiunii. Celeritatea nu poate compromite însă șansa aflării adevărului judiciar și, pentru acest motiv, ori de câte ori principiul celerității umbrește această perspectivă, el trebuie sacrificat.

2.4. Rolul procurorului – de la Codul comercial la Legea insolvenței.

În legislația română, oportunitatea participării procurorului în procedura insolvenței aparține în exclusivitate acestuia și se înscrie în liniile directoare oferite de art.45 alin (3) din C. pr. civ.. Legea nr. 85 /2006 nu prevede obligativitatea comunicării hotărârii de deschidere a procedurii Ministerului Public iar procurorul nu este titular al acțiunii în acoperirea pasivului.

Poate că instituirea obligației procurorului de a participa și pune concluzii în procedură ar asigura o apărare eficientă a ordinii publice, oferind premisele înfăptuirii unei justiții plene, în care atât interesele de ordin privat, cât și interesele generale ar fi eficient ocrotite. De lege ferenda, participarea obligatorie procurorului la acțiunea în acoperirea pasivului ar constitui un progres .

Capitolul III

CONDIȚII DE FOND ALE ANGAJĂRII RĂSPUNDERII CIVILE PENTRU ACOPERIREA PASIVULUI

§1. Subminarea interesului social și promovarea interesului personal al administratorului – criterii pentru recunoașterea fraudei în insolvență

1.1. Greșelile de gestiune și fraudă în insolvență.

În legislația franceză, sancțiunea patrimonială a suportării pasivului poate fi aplicată pentru orice greșală de gestiune care a cauzat ajungerea debitoarei în stare de insolvență în temeiul prevederilor art. 651-2 din noul cod comercial francez adoptat prin Legea n° 2005-845 din 26 iulie intrată în vigoare la 1 ianuarie 2006.

Art.138 din Legea insolvenței sancționează, în unele dintre ipotezele sale, abuzul executivului, care a urmărit satisfacerea unui interes personal în detrimentul celui social, afectând prin conduita sa nu numai compania, ci și întreaga comunitate de interese din jurul acesteia.

Judecătorului sindic îi revine misiunea de a verifica regularitatea actelor de gestiune în raport cu interesul social și de a repera abuzul care a condus la instaurarea stării de insolvență, deoarece sarcina acoperirii pasivului poate atribuită doar acelor administratori care se fac vinovați de valorificarea capitalului întreprinderii conform interesului personal, ori care, prin politica de gestiune promovată, nu au urmărit protejarea interesului social, ci ocrotirea altor interese.

Deși retrogradarea interesului social și ascensiunea nelegitimă a interesului personal al administratorului în domeniul vieții sociale sunt semnele unui grav dezechilibru, aceste simptome nu sunt întotdeauna relevante în caz de insolvență.

Promovarea interesului personal al administratorului reprezintă o caracteristică a fraudei în insolvență doar în cazul nesocotirii interesului social prin acțiuni cum sunt :

- folosirea bunurilor sau creditului persoanei juridice;
- continuarea unei activități care ducea, în mod vădit, persoana juridică la încetarea plăților;

În cazul faptelor individualizate la art. 138 lit. d-g, importanța conceptului de interes personal pierde, acesta ieșind din câmpul vizual al fraudei, fiind fără importanță dacă actul a fost sau nu determinat de un interes personal al administratorului. Actele contrare interesului social, săvârșite de administrator cu intenție sau nu, în interes personal sau nu, care nu pot fi plasate în perimetrul determinat de art.138 nu contează în mecanismul răspunderii pentru acoperirea pasivului. În concluzie, elementele care alcătuiesc fizionomia fraudei în insolvență sunt lipsite de flexibilitate, intransigența legii în acest domeniu fiind regretabilă. Cu toate acestea, misiunea identificării fraudei care a condus la instaurarea stării de insolvență trebuie și poate fi ușurată prin definirea conceptului de interes personal, precum și a noțiunii de interes social.

1.2. Coincide interesul social cu interesul asociațiilor sau corespunde interesului întreprinderii?

Considerăm că variabile cum sunt: interesele creditorilor și comunitatea de interese din apropierea companiei dobândesc aptitudinea de a defini interesul social deoarece proximitatea insolvenței schimbă înfățișarea acestei noțiuni, în sensul în care interesele creditorilor capătă o pondere importantă, în timp ce interesele companiei - privită implicit ca grup de acționari - rămân în umbră.

În opinia noastră, caracterul extrem de anevoios al operațiunii de identificare a membrilor grupului cu cele mai mari interese la un moment și dificultatea practică de a determina proximitatea insolvenței fac ca ecuația să aibă tot mai multe necunoscute.

Totuși susținem că ignorarea acestor variabile nu este benefică. Utilitatea lor este neîndoielnică atât timp cât *interesul social* rămâne singurul *perimetru la care se raportează exercitarea în limite normale a prerogativelor încredințate administratorilor*, iar diversificarea instrumentelor de determinare a ariei sale nu au decât menirea de a spori precizia operațiunii.

1.3. „Modelul” interesului social - un ghid imperfect pentru detectarea fraudei.

Noțiunea privită în mod singular nu poate produce efecte juridice, iar utilitatea conceptului de interes social transpare în cazul apariției unui abuz ori a unui conflict în sânul organelor sociale. Caracterul vicios al modelului este facil de observat atât timp cât noțiunea de interes social devine utilă doar în cazul „revendicării” unui abuz, iar abuzul poate fi oglindit doar de ceea ce se află în opoziție cu interesul social. Cu cât reperele la care ne raportăm pentru definirea acestui concept sunt mai multe, cu atât mai mult cresc șansele identificării pe baze echitabile a celui mai mic „sâmbure” de abuz.

1.4. Actul contrar interesului social, actul străin de obiectul social și actul anormal de gestiune, delimitări posibile.

Actul străin de obiectul social și actul anormal de gestiune sunt două *repere* în raport de care poate fi definit conceptul de *act contrar interesului social*, cele dintâi fiind considerate drept *noțiuni conexe*, în timp ce actului contrar interesului social i-a fost recunoscut caracterul de *noțiune distinctă*

Caracterul contiguu al noțiunilor de *act străin de obiectul social și act anormal de gestiune* nu poate fi tăgăduit, el întărind ideea exprimată în doctrină că noțiunea de interes social îndeplinește rolul unei busole, fiind în același timp atât un concept cu conținut variabil cât și un etalon.

1.5. Frauda și insuficiența activului în insolvență. Nu orice act contrar interesului social care a generat starea de insolvență poate justifica răspunderea pentru acoperirea pasivului. Judecătorului sindic îi revine sarcina de a controla regularitatea, oportunitatea unui act în raport cu interesul social, numai dacă insuficiența activului pentru plata întregului pasiv a fost constatată.

Prin urmare, suficiența activului estompează frauda și consecințele acesteia în procedura insolvenței, iar conceptele de interes social, interes personal al administratorului își reduc semnificația.

§2. Fizionomia fraudei în insolvență

2.1. Răspunderea administratorului pentru folosirea bunurilor sau creditelor persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane.

Autori de seamă susțin că abuzul de putere nu poate fundamenta răspunderea civilă a administratorului în procedura insolvenței.

Dacă insolvența își are originile în neurmărirea încasării creanțelor debitoare și dacă se acceptă teza caracterului limitativ al enumerării din art. 138, considerându-se că abuzul de bunuri sociale nu poate fi săvârșit prin inacțiune, soarta răspunderii administratorului pentru această faptă ilicită depinde de exercitarea unei acțiuni în răspundere distincte, care însă ar constitui „apanajul” jurisdicției comerciale de drept comun

În mod cu totul bizar, această formă agravată de răspundere, care trebuie să intervină în caz de insolvență, dobândește șansa îmblânzirii prin scindarea procedurii și îndepărtarea ei din zona de influență a sindicului. În acest caz, acțiunea în răspundere tinde să devină o chestiune prejudicială, intrând într-un veritabil conflict cu principiul celerității. De aici apare, în opinia noastră, nevoia stringentă de reformare, necesitatea abandonării caracterului limitativ al enumerării și fundamentarea răspunderii pe orice „**greșeală de gestiune**” săvârșită cu *intenție sau din culpă dacă aceasta a cauzat apariția stării de insolvență* O condiție preliminară pentru angajarea răspunderii este ca bunurile să constituie proprietatea societății. Se poate spune că abuzul poate viza nu numai bunurile imobile ori mobile corporale

sau necorporale, ci și drepturile care există în legătură cu acestea și inclusiv drepturile de creanță. Deși bunurile imobile pot constitui obiect al abuzului această situație este mai rar întâlnită în practică. Acțiunile care compromit resursele financiare ale societății și care pun în pericol patrimoniul acesteia pot fi calificate ca abuz de credit social. Creditul social se definește în raport cu capitalul societății, natura afacerii, implicând toate resursele necesare bunului mers al întreprinderii. În sens larg, el include și drepturile nepatrimoniale cum ar fi notorietatea, renumele de care se bucură persoana morală.

Noțiunea *de dispoziție asupra bunurilor sociale* implică toate actele de dispoziție asupra bunurilor ce alcătuiesc patrimoniul societar și care pot afecta conținutul acestuia.

Criteriile de apreciere a caracterului excesiv al remunerației sunt :

- activitatea desfășurată de administrator;
- situația financiară a întreprinderii.

Chiar dacă la un anumit moment remunerația era normală, apariția unor dificultăți financiare îi poate conferi un caracter excesiv, obligând administratorul de bună-credință să procedeze la diminuare.

Numai aparent se poate distinge între interesul personal de natură pecuniară și interesul personal de natură morală. În realitate, însă, acesta din urmă se reduce, într-un fel sau altul, la un interes de natură pecuniară.

Administratorul care nu a știut că actul său este contrar interesului social nu este de rea-credință, dar este de rea-credință administratorul care a săvârșit astfel de acte, știind că acestea sunt contrare interesului social. În majoritatea cauzelor, reaua-credință se deduce din actul material de abuz cu privire la bunuri sociale.

Expunerea activelor unor riscuri pentru a crește eventuala valoare a companiei, opțiunea administratorului pentru acțiuni neprotective față de capitalul destinat plății datoriilor capătă valențe delictuale, fiind semnul revelator al abuzului.

2.2. Exploatarea deficitară. Interesul personal, exploatarea deficitară și relația de cauzalitate dintre încetarea plăților și activitatea deficitară sunt indicatorii acestui caz de răspundere.

Acțiunile care compromit șansele unei eventuale reorganizări sunt reprobabile dacă au ca fundament promovarea interesului personal al administratorului, și asta deoarece se poate considera că un administrator loial și diligent va pune întotdeauna capăt unei exploatare deficitare care nu poate duce decât la încetarea plăților. El trebuie să aibă iscusința de a decela între dificultățile pasagere, aflate în corelație cu un pasiv modic, și cele caracterizate de importanța pasivului și „neputința” stingerii sale, întrucât continuarea activității în acest ultim

scenariu este prejudiciabilă atât pentru creditori, cât și pentru întreprindere, căreia îi sunt astfel compromise orice șanse de redresare. Prezumția caracterului oneros al mandatului comercial nu poate constitui indiciul prezumției simple că „în spatele unei exploatare deficitare” se află interesul ocult al administratorului, întrucât încasarea unei indemnizații trebuie dovedită. Irirea unor dificultăți financiare îl obligă pe administrator la diminuarea cuantumului remunerației, care, în alt context economic, putea fi socotită normală. Dacă în spatele „strategiei” de continuare a activității se află interesul administratorului de a încasa remunerația, deși întreprinderea se confruntă cu grave dificultăți financiare, sau oricare alt interes economic aflat în opoziție cu interesul colectiv al societății elementele fraudei descrise de art.138 lit.c sunt întrunite.

2.3. Răspunderea în cazul fictivității persoanei morale.

Fictivitatea unei societăți poate fi prezumată pe baza următoarelor indicii:

- gradul de rudenie sau de alianță între asociatul majoritar și ceilalți deținători ai părților sociale, în special atunci când aceștia din urmă sunt minori sau nu au nici un interes în derularea afacerilor sociale;
 - absența oricărei activități proprii a societății, aceasta jucând doar rolul de persoană juridică interpusă;
 - controlul absolut al societății de către unul dintre asociați;
 - absența oricărei convocări a consiliului de administrație;
 - neconducerea evidențelor contabile;
- vărsarea capitalului social doar de către unul dintre asociați

2.4. Neconformitatea ținerii contabilității. Ținerea unei evidențe fictive, dispariția unor documente contabile sau neținerea evidenței contabile în conformitate cu legea nu reprezintă activități producătoare de prejudiciu, însă ele pot favoriza starea de insolvență prin ascunderea unor active sau părți din acestea, prin plata cu întârziere a unor creanțe, în măsura în care întârzierea este generatoare de dobânzi sau penalități .

Întâlnim abordări jurisprudențiale, conform cărora încălcarea obligației de a ține evidența contabilă conform legii generează o prezumție de culpă în sarcina administratorului, deoarece alcătuirea incorectă a evidenței contabile conduce inevitabil la necunoașterea modului de administrare a patrimoniului, a bunurilor din acest patrimoniu precum și a operațiunilor efectuate în legătură cu activele..

Pare mai cristalizată și considerăm corectă, practica judiciară care nu atribuie neșinerii contabilității în conformitate cu legea acest efect pornind de la argumentația că răspunderea pentru acoperirea pasivului este o răspundere subiectivă fundamentă doar pe culpa intențională dovedită și nu prezumată.

2.5. Manopere ilicite privind activul și pasivul patrimonial.

La fel ca și în situația abuzului de bunuri sociale, apreciem că opțiunea administratorului pentru acțiuni neprotective față de capitalul destinat plății datoriilor, fapta acestuia de a expune activele sociale unor riscuri pentru a crește eventuala valoare a companiei capătă valențe delictuale în planul răspunderii pentru acoperirea pasivului, fiind un semn revelator al fraudei incriminate de art. 138 lit. e. Fapta constând în deturnarea activelor societății poate constitui, în egală măsură, și un abuz de bunuri sociale, de aceea ipotezele evocate în secțiunea referitoare la ilicitul prevăzut în art. 138 lit. a sunt relevante și în cazul prevăzut de art. 138 lit. e. Cu o singură nuanță, aceea că importanța conceptului de interes personal pierde, acesta ieșind din câmpul vizual al fraudei la care face referire art. 138 lit. e, fiind lipsit de semnificație dacă actul a fost sau nu contrar interesului social ori a fost sau nu determinat de un interes personal al administratorului. Titularii acțiunii în acoperirea pasivului, care impută administratorului săvârșirea faptei prevăzută de art. 138 lit. e, își vor putea sprijini pretențiile pe indiciul semnificativ care rezultă din încheierea unor acte susceptibile de anulare pe temeiul art. 79 și art. 80 din legea insolvenței.

2.6. Procurarea de fonduri prin mijloace ruinătoare. Discrepanța dintre cheltuielile financiare și cifra de afaceri poate fi un indiciu important al faptului că recurgerea la credit a constituit în sine un mijloc ruinător. Pe același palier poate fi amplasat și creditul neadaptat nevoilor și capacității financiare a debitorului dacă încetarea de plăți survine în urma unei creditări neadecvate. Adaptarea creditului trebuie raportată la nevoile debitorului și capacitatea acestuia de rambursare. Orice credit trebuie ajustat în funcție de aceste repere. Creditul poate fi asimilat noțiunii de mijloc ruinător dacă valoarea sa este excesiv, disproporționat de mare față de nevoile și posibilitățile debitorului împrumutat.

2.7. Plățile preferențiale. Patru sunt premisele care permit obiectivarea acestui tip de răspundere.

În primul rând, trebuie identificată o plată, în al doilea rând, stingerea obligației asumate de debitoare trebuie să precedă încetarea plăților și, nu în ultimul rând, executarea

să fie prioritară față de beneficiar și vătămătoare în raport de ceilalți creditorii, fiind necesar ca între plata preferențială și apariția stării de insolvență să existe un raport de cauzalitate. Legea 85/2006 nu prevede obligativitatea stabilirii datei încetării plăților prin hotărârea de deschidere a procedurii, fără a interzice acest lucru. Chiar dacă în hotărârea de deschidere a procedurii s-a inserat data încetării plăților credem că „dezlegarea” nu este intangibilă, o dezbateră asupra acestui aspect fiind admisibilă.

§3. Prejudiciul

Existența și valoarea insuficienței activului trebuie să fie apreciate în momentul pronunțării deciziei, prin care tribunalul statuează asupra acțiunii în acoperirea pasivului și se va raporta la datoriile apărute înaintea deschiderii procedurii. Insuficiența activului trebuie să fie sigură, chiar dacă elementele activului nu au fost în totalitate realizate și cele ale pasivului pe deplin individualizate. În consecință, condamnarea unui administrator poate fi justificată pe considerentul constatării unui activ insuficient, în ciuda contestației referitoare la valoarea acestuia, din momentul în care insuficiența activului este sigură și superioară cuantumului despăgubirilor. Întinderea reparației va fi dată de mărimea pasivului, orice alte elemente, cum ar fi gravitatea faptei, natura funcțiilor îndeplinite sau valoarea reală a prejudiciului, fiind indiferente.

§4. Raportul de cauzalitate

Legătura de cauzalitate instituită conferă un caracter inedit acțiunii în răspundere reglementate de art.138 și urm. din Legea insolvenței. Soluția adoptată de legiuitorul român, prin care s-a înlocuit, în cuprinsul art. 138 alin. 1, sintagma „a contribuit” cu aceea de „a cauzat”, pare că ar restrânge sfera conduitelor ilicite, care sunt susceptibile de a constitui fapte ce pot atrage răspunderea civilă a administratorilor sau a altor persoane în cadrul procedurii reglementate de art. 138 și urm. din Legea nr. 85/2006. Și asta deoarece pot exista situații în care persoanele responsabile care au comis una sau mai multe dintre faptele prevăzute la art. 138 alin. 1, nu vor putea fi trase la răspundere prin intermediul acestei acțiuni speciale dacă nu există un raport direct de cauzalitate între fapta comisă și starea de insuficiență a pasivului. În realitate nu este vorba de o restrângere a domeniului faptelor pentru care se răspunde în insolvență, ci de o estompăre a efectelor fraudei în procedura insolvenței.

Atenuarea determinată de reglementarea unui raport de cauzalitate mai caracterizat nu este de această dată armonizată cu soluția legislativă aleasă în dreptul francez.

Capitolul IV

CALITATEA PROCESUALĂ

§1. Titularii dreptului la acțiune

În principal acțiunea poate fi exercitată de către administratorul și lichidatorul judiciar; în subsidiar, dreptul la acțiune aparține masei credale

1.2. Garanțiile de imparțialitate și dreptul la un proces echitabil

Art. 11 alin. 1 lit. g, teza finală stipulează că una din atribuțiile judecătorului sindic este aceea de a sesiza organul de urmărire penală atunci când constată indiciile săvârșirii infracțiunilor incriminate în prevederile art. 143-145 din Legea 85/2006.

Adeseori, aceste fapte pot constitui temei al angajării răspunderii patrimoniale prevăzute de art. 138. Îndeplinirea atribuției prevăzute de art. 11 alin. 1 lit. g teza finală poate genera temeri serioase cu privire la faptul că sindicul ar avea o prejudecată favorabilă unei soluții de admitere a cererii de angajare a răspunderii fundamentată pe art. 138.

1.3. Creditorii și mijloacele lor de apărare

Creditorului care se simte prejudiciat de o atare decizie a masei credale nu i se poate recunoaște calitatea procesuală activă în acțiunea reglementată de art.138. Tentația recurgerii la principiul reparării în natură a prejudiciului prin recunoașterea calității procesuale active nu poate fi negată, dar trebuie înfrântă, fiindcă nu are suport legal. A admite contrariul ar însemna ca judecătorul sindic să analizeze sub aspectul oportunității hotărârea masei credale, ceea ce în opinia noastră nu este admisibil.

Nici în doctrina interbelică creditorilor nu li se recunoștea dreptul de a exercita în interesul masei credale acele acțiuni pe care sindicul refuza să le promoveze, fiindu-le deschisă, în acest caz, doar calea unei acțiuni în despăgubiri. S-a apreciat că a admite contrariul ar însemna să se distrugă unitatea de vederi și de administrare a falimentului.

1.4. Menținerea principiului disponibilității părților.

Angajarea acestei răspunderi patrimoniale se află numai sub semnul disponibilității părților. Legea insolvenței are alte resorturi prin care ordinea publică este apărată. Intră în această categorie obligația judecătorului sindic de a sesiza organele de urmărire penală atunci când există indiciile săvârșirii unei infracțiuni .

În opinia noastră, tranzacția este admisibilă, raportul procesual constituit fiind, fără îndoială, unul de drept privat. Legea a acordat legitimare procesuală activă administratorului, lichidatorului judiciar din rațiuni care țin de îndeplinirea prerogativelor ce le-au fost recunoscute. Deținând informația referitoare la creditor, precum și calitatea de organ al procedurii, imparțial și independent, administratorul judiciar sau lichidatorul este primul în măsură să aprecieze asupra oportunității promovării acțiunii și cel mai în măsură să dea coerență unei astfel de acțiuni. În această calitate considerăm că nu vor putea tranzacționa cu privire la acțiunea în acoperirea pasivului, fără acordul masei credale. Un argument în sprijinul acestei interpretări îl constituie și art. 138, alin (6), din Legea Procedura de confirmare nu înseamnă doar o simplă autentificare a tranzacției, ci validarea ei printr-o hotărâre recurabilă.

Instanța nu numai că verifică, în anumite limite și anumite aspecte convenția părților, ci o și validează.

Sindicul va analiza dacă tranzacția prin care se urmărește stingerea acțiunii în răspundere întrunește condițiile de valabilitate ale unui contract. Aspectele de ineficacitate vor putea fi examinate de tribunal, pe cale incidentă, în etapa confirmării tranzacției.

§2. Administratorii care au calitate procesuală pasivă în cadrul acțiunii reglementate de art.138 din lege

Teoretic, povara răspunderii pentru acoperirea pasivului trebuie să cadă pe umerii administratorului statutar, calitatea acestuia fiind relevantă nu numai de activitatea, atribuțiile sau competențele aferente funcției deținute, dar și de caracterul regulat al desemnării realizate prin actul constitutiv ori prin decizia organului deliberativ. Reglementările privind obligațiile fiduciare ale administratorilor, în majoritatea statelor, nu fac diferențieri în ceea ce privește calitatea de membru cu atribuții executive sau neexecutive a administratorului. Răspunderea poate opera atât în cazul administratorilor cu funcții executive, cât și în privința administratorilor fără funcții executive. Doar neîndeplinirea formalităților de publicitate privitoare la desemnarea reprezentantului legal nu poate constitui o cauză exoneratoare de răspundere. Administratorii, ale căror funcții au încetat în momentul deschiderii procedurii colective, nu răspund decât dacă evenimentele care au cauzat insolvența nu erau prezente la data încetării prerogativelor, legislația actuală impunând demonstrarea unei legături de cauzalitate între fapta ilicită imputată și intrarea debitoarei în stare de insolvență. În timp ce identificarea administratorului legal este facil de realizat (prin documente administrative sau juridice), existența unui administrator de fapt este complicat de demonstrat.

Calitatea de administrator de fapt nu se prezumă, ea se demonstrează prin analiza conduitei, comportamentului administratorului de drept, dar și a celui despre care se presupune că a condus efectiv întreprinderea. În doctrina franceză, se consideră că existența unui administrator de fapt este, înainte de toate, relevată de acțiunile pe care acesta la săvârșește. În acest context, s-a afirmat că omisiunea ori tăcerea nu permit reținerea calității de administrator de fapt, inacțiunea unui prepus ori a unui acționar, fie el chiar majoritar, cu privire la neregularitățile grave, repetate comise de administratorul statutar nu sunt suficiente pentru a conferi persoanei în cauză calitatea de administrator de fapt. Deși, pe tărâm subiectiv, poate exista echivalență între omisiune și acțiune, ambele având ca premisă reaua credință, se poate ajunge la o situație bizară, și anume o răspundere diferită, în funcție de forma în care se admite că administrarea de fapt se poate obiectiva.

Reconfigurarea concepției asupra criteriilor ce definesc noțiunea administrării de fapt poate constitui un remediu pentru eliminarea acestei inechități. O intervenție directă în gestiunea socială se poate manifesta și prin omisiunea de a realiza un drept de creanță, lipsind, în acest fel, întreprinderea de lichiditățile atât necesare dezvoltării economice. Nu se poate nega impactul pe care l-ar avea asupra politicii sociale o astfel de conduită. În timp ce, în exemplul dat, criteriul obiectiv al actelor pozitive de administrare nu este îndeplinit, criteriul subiectiv al atitudinii făptuitorului în plan psihic față de inacțiunea care i se impută se dovedește mai flexibil. Devine, într-un fel, firesc să se admită că administrarea de fapt se poate materializa în condiții excepționale și printr-o inacțiune. În opinia noastră, se poate atribui semnificație juridică, în anumite circumstanțe, nu numai unei acțiuni ci și unei inacțiuni. Avem în vedere aici situația neîndeplinirii unor acte de conservare sau administrare a patrimoniului, al căror caracter urgent ar fi justificat de evitarea producerii unor pagube imposibil de recuperat ulterior.

Chiar dacă nu s-ar accepta această teză, se poate considera că, odată reperate actele pozitive de administrare care au aptitudinea de a configura existența administrării de fapt, este admisibilă extinderea răspunderii „uzurpatorului” și la inacțiunile care firesc sunt în primul rând imputabile administratorului statutar.

Activarea principiului solidarității pasive între administratorul de drept și administratorul de fapt, lărgirea sferei de răspundere a celui care s-a substituit și pentru aceste inacțiuni pot spori șansele unei acoperiri eficiente a pasivului și satisface, în opinia noastră, principiul echității. *Frecvența actelor de imixtiune constituie, așadar, un important reper doctrinar și jurisprudențial în definirea administrării de fapt. Care va fi însă soarta*

răspunderii în cazul unui singur act de imixtiune cu impact covârșitor asupra destinului întreprinderii?

Numai aparent un posibil răspuns e dat în legislația noastră de articolul 138 alin. 1 teza finală. Norma citată prevede că răspunderea poate fi extinsă asupra oricărei persoane ce ar fi cauzat insolvența prin faptele incriminate de acest articol.

Într-o abordare clasică a noțiunii, actul izolat de imixtiune nu poate da naștere unei administrări de fapt. Doctrina și jurisprudența franceză exclud recunoașterea existenței unei administrări de fapt pe temeiul unui singur act de imixtiune. Legislația română permite, însă, angajarea răspunderii în procedura colectivă, dacă actul izolat de imixtiune îndeplinește caracteristicile uneia din faptele incriminate de art. 138 și este acompaniat de restul premiselor ce justifică exercitarea acțiunii în acoperirea pasivului.

Oferind exclusivitate criteriului continuității, soarta răspunderii pentru un act izolat de imixtiune care nu îndeplinește caracteristicile faptelor enumerate de art. 138 pare iremediabil compromisă în procedura colectivă. Rămâne posibilă doar investirea jurisdicției de drept comun cu acțiunea în răspundere. Dacă se acceptă că enumerarea cuprinsă în art.138 este limitativă, remediul evocat este și sigurul corect.

„Roadele” solidarității pot fi culese nu numai înaintea jurisdicției care instrumentează procedura insolvenței, ci și prin investirea jurisdicției de drept comun; dacă faptul, actul prejudiciabil excede domeniului de aplicare al acțiunii în acoperirea pasivului ori prejudiciul încercat este altul decât insuficiența activului. În această din urmă ipoteză, vectorii orizontali și verticali care caracterizează regimul solidarității nu se deosebesc față de situația societăților in bonis.

De lege lata, nu este posibilă exonerarea de răspundere a administratorului, pentru simplul motiv că a lipsit de la ședința consiliului sau că a votat împotriva.

Așadar, neparticiparea la procesul deliberativ al organului colegial nu constituie un argument pentru neîndeplinirea obligațiilor legale, administratorul absent având obligația de a se informa cu privire la întreaga activitate a executivului, mai mult, pentru a fi demn de calificativul „bonus pater familia”, credem că nimic nu îl împiedică să facă demersuri pentru ca decizia adoptată să nu fie adusă la îndeplinire, să acționeze în vederea limitării prejudiciului ce s-ar crea societății prin executarea acesteia.

În ambele situații - de absență sau vot împotriva -, în conformitate cu art.144 ² alin. 5 din Legea nr.31/1990, administratorul oponent are obligația de a face mențiune despre dezacordul său față de deciziile adoptate și de a-i încunoștința în scris pe cenzori, pentru a se putea apăra de răspundere. Legea nr. 85/2006 a instituit un regim mai blând în privința

solidarității membrilor executivului, care „s-au opus la actele sau faptele care au cauzat insolvența” și au făcut să se consemneze, ulterior luării deciziei, opoziția lor, fiind exonerati de răspundere, chiar dacă după consemnare nu i-au încunostințat pe cenzori ori pe auditorii financiari. Abandonarea acestei formalități are logică, dacă avem în vedere efectele devastatoare și uneori ireversibile pe care insolvența le produce și care lipsesc de sens exercitarea ulterioară a controlului de gestiune. Deși în procedura insolvenței nu se poate profila o răspundere autonomă a administratorului pentru neparticiparea la procesul decizional, atât timp cât fapta în sine nu se pliază pe una din situațiile evocate de art. 138 lit.a-g, și nu este rezultatul unei culpe intenționale, efectele generate de regula solidarității pe orizontală trebuie și pot fi valorificate de lege lata în acest cadru procesual, fiindcă art. 138 alin 4 instituie regula solidarității, fără nicio altă nuanță privitoare la natura faptei ori atitudinea în plan psihic aceluia chemat să răspundă în temeiul solidarității.

Justificat sau nu, exigența legiuitorului sporește față de administratorul chemat să răspundă în solidar cu autorul, chiar dacă greșeala imputată celui dintâi este doar expresia unei culpe neintenționale, care nu se încadrează în enumerarea limitativă făcută de art.138 lit.a-g .

Prin urmare, jurisprudența, care conferă absenței sistematice de la ședințele consiliului de administrație valențe exoneratoare de răspundere în procedura insolvenței, fără să țină cont de această distincție, nu este la adăpost de critici. Răspunderea în aval a administratorilor pentru actele și faptele săvârșite de directorii executivi ori de către alte persoane, cărora le-au fost delegate atribuții specifice activității de administrare, se întemeiază pe culpa în vigilando, legiuitorul român instituind o prezumție legală relativă de culpă în neexecutarea obligației de supraveghere a administratorilor, de natură a simplifica angajarea răspunderii acestora, deși obligația de vigilență este o obligație de mijloace. *În insolvență, solidaritatea în aval* devine posibilă, dacă apariția stării de insolvență este concomitentă perioadei de timp în care administratorii cu funcții neexecutive și-au exercitat mandatul.

Se pare că administratorii cu funcții neexecutive pot răspunde de acoperirea pasivului, în temeiul solidarității, alături de subordonatul vinovat de ajungerea societății în stare de insolvență, dacă se dovedește că nu au îndeplinit obligația de supraveghere din neglijență, imprudență.

Așadar, solidaritatea administratorilor neexecutivi pentru suportarea pasivului poate fi activată prin identificarea unei simple culpe în vigilando, în timp ce răspunderea autorului faptei ilicite poate opera în procedură doar ca urmare a dovedirii existenței uneia dintre

faptele intenționale enumerate de art.138 aflată în raport de cauzalitate cu ajungerea debitoarei în stare de insolvență.

În opinia noastră, abordarea diferențiată a regimului răspunderii administratorilor cu funcții executive și neexecutive în caz de insolvență ar putea fi explicată prin faptul că aceștia răspund dintr-o dublă perspectivă, atât pentru culpa in eligendo ,cât și pentru culpa in vigilando.

Concluzii

Regimul mai agravat al răspunderii administratorului în caz de insolvență - exprimat de riscul suportării în integralitate a datoriilor sociale - este puternic contracarat de inadmisibilitatea angajării răspunderii în procedură, când insolvența se datorează unor greșelilor de gestiune săvârșite din imprudență, neglijență.

O răspundere pentru aceste fapte se poate materializa ,de lege lata, numai înaintea jurisdicției comerciale de drept comun, dar scindarea este o soluție legislativă regretabilă, care în opinia noastră trebuie rapid amendată.

Credem că această nouă abordare legislativă ar fi nu numai naturală, armonizând regimul obligațiilor care incumbă administratorilor cu regimul răspunderii pentru nerespectarea acestora, dar ar fi și echitabilă, prin îndepărtarea elementelor care pot provoca grave nedreptăți