

Raționalitatea practicianului în insolvență: relevanța cercetărilor de behavioral law and economics

The Rationality of the Insolvency Practitioner: The Relevance of Behavioral Law and Economics Research

Dr. Alexandra BOB*

Universitatea de Vest din Timișoara

Facultatea de Drept

Abstract

This article examines how concepts developed within behavioral economics can influence the understanding and evaluation of decisions made by insolvency practitioners, in the context of applying standards of diligence and professional liability. Starting from the critique of the classical model of rationality in economics, the study explores how cognitive and contextual factors affect the decision-making process of those acting on behalf of others. In parallel, it analyzes the implications of these findings on the application of the business judgment rule in corporate law and on the standard for assessing the conduct of practitioners in insolvency proceedings. The article argues for a more nuanced and context-sensitive approach to analyzing the legality and diligence of decision-making, taking into account the cognitive and emotional realities underlying the decision process.

Keywords: behavioral economics; bounded rationality; insolvency practitioner; standard of diligence; business judgment.

Rezumat

Prezentul articol analizează modul în care conceptele dezvoltate de economia comportamentală pot influența înțelegerea și evaluarea deciziilor luate de practicienii în insolvență, în contextul aplicării regulilor de diligență și răspundere profesională. Pornind de la critica adusă modelului clasic al raționalității din economie, studiul explorează modul în care factorii cognitivi și contextuali afectează procesul decizional al celor care acționează în interesul altora. În paralel, sunt examinate implicațiile acestor constatări asupra aplicării business judgment rule în dreptul societar și asupra standardului de evaluare a conduitei practicienilor în procedurile de insolvență. Articolul susține necesitatea unei abordări mai nuanțate și contextualizate în analiza legalității și diligenței decizionale, care să țină cont de realitățile cognitive și emoționale ale procesului decizional.

Cuvinte-cheie: economie comportamentală, raționalitate limitată, practician în insolvență, standard de diligență, decizie de afaceri.

I. Behavioral economics – concepte fundamentale

Critica raționalității absolute. Fundamentul teoretic al psihologiei individului rațional și, implicit, al abordării *law and economics*, se sprijină pe ipoteza că indivizii acționează rațional în procesul decizional. Totuși, s-a evidențiat că această teorie este frecvent infirmată, întrucât neglijează aspectele psihologice

* alexandra.bob@e-uvv.ro.

ale alegerii și descrie un model normativ al unui individ idealizat, fără a surprinde complexitatea comportamentului real al oamenilor¹.

În realitate, de fapt, oamenii sunt influențați în luarea deciziilor de defectele în predispoziții și în aptitudini². S-a arătat, de exemplu, că indivizii sunt nerealist de optimiști sau că prezintă o aversiune la pierdere³. De asemenea, s-a arătat că atunci când sunt puși în fața unei decizii aceștia folosesc euristica – „scurtături” care permit luarea unor decizii pe baza unui număr redus de informații disponibile⁴ sau că subestimează riscurile pe care le implică deciziile luate.

Economiștii vorbesc adesea despre stimulente („*incentives*”), dintre care cel mai important rol este atribuit banilor, care reprezintă „cureaua de transmisie” de care se folosesc piețele în coordonarea alegerilor agenților economici. Economiștii comportamentali nu neagă că banii reprezintă stimulente care influențează puternic luarea deciziilor, însă arată că, pe lângă aceștia, un rol important îl joacă și alte stimulente socio-economice și psihologice. Agenții economici sunt motivați în alegerile lor și de alte stimulente decât banii. Unele persoane sunt motivate de banii pe care îi obțin din munca pe care o prestează, altele de statutul social pe care îl oferă un anumit loc de muncă, altele de recompense morale pe care locul de muncă le aduce.

Economiștii comportamentali împart aceste stimulente⁵ în (i) extrinseci, anume cele exterioare individului, cum sunt încurajările celor apropiați de a face ceva ce o persoană nu ar îndrăzni să facă, sau cele primite în schimbul muncii prestate, ori notele obținute la un examen, și (ii) intrinseci, care se regăsesc în țelurile pe care și le fixează o persoană și în aptitudinile de care aceasta dispune, cum sunt mândria profesională, loialitatea față de o cauză sau, pur și simplu, plăcerea de a rezolva un puzzle sau de a juca un joc de șah.

Rolul factorilor cognitivi în luarea deciziilor. Motivațiile externe și interne nu sunt independente unele față de celelalte, iar, de cele mai multe ori, cele dintâi le înlătură pe cele din urmă. Acest lucru se va întâmpla în cazul în care stimulentele interne sunt puse în umbră de motivațiile extrinseci. Un studiu⁶ în care participanții (studenți) au fost împărțiți în două grupe și rugați să rezolve un puzzle, cei din prima grupă fiind răsplătiți cu o mică sumă de bani, însă celor din a doua grupă neoferindu-li-se nicio recompensă pecuniară, a arătat că studenții din grupa a doua au obținut rezultate mai bune, fiind în integralitate motivați de provocarea intelectuală pe care o presupunea acel puzzle. Pe de altă parte, studenții din prima grupă, având perspectiva unei plăți, au acordat prioritate acestui stimulent extern, ignorând factorii motivaționali interni. Cu toate acestea, perspectiva unei plăți nesemnificative a condus la demotivarea studenților din prima grupă. S-a arătat, astfel, că sumele mici de bani oferite ca recompensă pot conduce la o demotivare și la o scădere mai dramatică a performanței decât în situația în care aceste sume lipsesc de tot, pentru că stimulentele pecuniare insignifiante, deși pun în umbră motivațiile interne, nu oferă un stimulent extrinsec suficient pentru a dezvolta complet o astfel de motivație exterioară.

¹ A. Tversky, D. Kahneman, *Rational Choice and the Framing of Decisions*, Journal of Business vol. 59, no. 4, 1986, p. 251-278, disponibil la adresa <https://www.jstor.org/stable/2352759>, accesată la data de 20.04.2025.

² Deși mai rar întâlnită, această abordare nu este străină literaturii juridice din România. În acest sens, a se vedea, spre exemplu, R. Rizioiu, *Garanțiile reale mobiliare. O abordare funcțională*, Editura Universul Juridic, București, 2011, p. 119 și p. 124.

³ Din perspectiva unui individ rațional, evitarea riscului de a pierde 1000 de dolari este echivalent cu renunțarea la un câștig de 1000 de dolari. Cu toate acestea, în realitate lucrurile sunt percepute altfel, oamenii preferând să evite să piardă 1000 de dolari, decât să câștige 1000 de dolari, adică aceștia consideră că inutilitatea pierderii este mai mare decât utilitatea unui câștig echivalent. A se vedea, în acest sens, E. Zamir, *Loss Aversion and the Law*, Vanderbilt Law Review, vol. 65, Issue 3, 2012, p. 829-894, disponibil la adresa https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/vlr/article/1339/&path_info=20_65VandLRev_829_April2012_.pdf, accesată la data de 20.04.2025.

⁴ Cu toate că, probabil, majoritatea euristicilor sunt raționale, problema apare atunci când indivizii utilizează euristici care sunt iraționale sau greșite. A se vedea, în acest sens, M. A. Eisenberg, *Behavioral Economics and Contract Law*, în E. Zamir, D. Teichman, *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, 2014, p. 446-447.

⁵ M. Baddeley, *Behavioural Economics. A very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 8-9.

⁶ Astfel cum s-a arătat în M. Baddeley, *op. cit.*, p. 10-11.

Un alt exemplu din literatura de specialitate este reprezentat de studiul realizat de economiștii Uri Gneezy și Aldo Rustichini⁷ la o creșă din Israel, care se confrunta cu problema părinților care nu ajung la timp să își preia copiii la finalul programului creșei. Aceste întârzieri îi puneau pe îngrijitori în situația de a rămâne peste program la creșă, până când părinții veneau după copii, fapt care a generat neplăceri și costuri suplimentare pentru creșa respectivă. Pentru a înlătura acest comportament, creșa a decis să introducă o „amendă” pentru părinții care întârzie. Rezultatul obținut a fost însă opus celui așteptat, perceperea unei taxe („amenzi”) a determinat și mai mulți părinți să întârzie. Astfel, dacă până la momentul introducerii acestei taxe, părinții erau motivați, totuși, intrinsec, măcar să încerce să ajungă la timp ca să își ia copiii de la creșă, după introducerea respectivei taxe, motivația internă a fost înlocuită de acest stimulent extern pe care părinții l-au perceput ca pe un preț al unui serviciu pe care creșa îl presta.

Abordarea standard în economie pleacă de la ideea că toți indivizii se comportă ca și cum ceilalți nu ar exista⁸, acțiunile celorlalte persoane afectându-i doar indirect, deoarece deciziile lor cu privire la cerere și ofertă determină prețurile de pe piață. Această abordare pierde însă din vedere importanța relațiilor umane și a interacțiunii sociale în alegerile cu caracter economic pe care fiecare individ le face, *behavioral economics* fiind curentul care a venit să umple acest gol.

Așa cum se poate observa, economia comportamentală extinde principiile economiei clasice arătând că deciziile noastre sunt afectate de influențele sociale și psihologice, precum și de un calcul rațional al costurilor și beneficiilor acțiunilor pe care le întreprindem. În același timp, economia comportamentală face ca domeniul economiei să fie mai accesibil, deoarece se bazează mai puțin pe calcule matematice și mai mult pe intuiție atunci când analizează deciziile pe care le facem.

Economiștii comportamentali au o gamă variată de opinii cu privire la ceea ce înseamnă să fii rațional, dar, în marea lor majoritate, admit că raționalitatea noastră variază și este dependentă de circumstanțele în care ne aflăm la un moment dat. De exemplu, Herbert Simon este faimos pentru conceptul său de „*bounded rationality*”, care are la bază ideea că fiecare individ este limitat și legat de diferite constrângeri atunci când ia o decizie, cum sunt, de exemplu, constrângerile cognitive. Vernon L. Smith⁹ a dezvoltat conceptul de „raționalitate ecologică” („*ecological rationality*”), care pleacă de la ipoteza că raționalitatea este maleabilă, întrucât este determinată de contextul și circumstanțele în care ne regăsim la un moment dat. Similar, Gerd Gigerenzer¹⁰ arată că fiecare dintre noi suntem conduși de „raționalitatea practică”, deoarece, în lumea reală, trebuie să acționăm repede și simplu, fără a avea timp să acumulăm prea multă informație sau să aplicăm reguli complexe în luarea deciziilor. Harvey Leibenstein¹¹ a dezvoltat conceptul de „raționalitate selectivă” („*selective rationality*”), care arată că există momente în care alegem să fim foarte raționali, căutând și analizând toate informațiile la care avem acces, însă există momente în care hotărâm să rămânem într-o „zonă inertă”, fără a ne adapta comportamentul la noile circumstanțe, fie pentru că am decis că respectiva schimbare sau adaptare presupune costuri prea mari, fie pentru că suntem doar prea leneși ca să ne adaptăm.

Oprindu-mă, totuși, la una dintre cele mai importante contribuții ale economiștilor comportamentali, „aversiunea la inechitate” („*inequity aversion*”), care explică de ce indivizilor nu le plac situațiile care conduc la rezultate inechitabile, adică cele în care altcineva pare să o ducă mai bine sau

⁷ U. Gneezy, A. Rustichini, *A Fine is a Price*, Journal of Legal Studies, vol. 29, Nr. 1, 2000, p. 1-17, disponibil la adresa <https://www.jstor.org/stable/10.1086/468061?seq=1>, accesată la data de 06.04.2025.

⁸ A se vedea K. Marçal, *Cine i-a gătit cina lui Adam Smith? O poveste despre femei și economie*, Editura Publica, București, 2012. Autoarea expune modul în care s-a modificat (sau nu) de-a lungul anilor conceptul de „*om economic*”, închegând (sau nu) în construcția acestuia activitățile întreprinse de femei (ca activități economice).

⁹ S. Vernon, *Rationality in Economics: Constructivist and Ecological Forms*, American Economic Review 93, 2003, p. 465-508, disponibil la adresa https://www.researchgate.net/publication/4719397_Rationality_in_Economics_Constructivist_and_Ecological_Forms, accesată la data de 20.04.2025.

¹⁰ G. Gigerenzer, *Risk Savvy: How to Make Good Decisions*, Penguin Books, 2015 și J.J. Rachlinski, *The Psychological Foundations of Behavioral Law and Economics*, Cornell Law Faculty Publications, Paper 829, 2011, p. 1684-1686, disponibil la adresa <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1701&context=facpub>, accesată la data de 10.03.2025.

¹¹ H. Leibenstein, *Beyond Economic Man: Economics, Politics, and the Population Problem*, Population and Development Review nr. 3, 1977, p. 183-199, disponibil la adresa <https://www.jstor.org/stable/1971888>, accesată la data de 10.03.2025.

mai rău decât ei, s-a arătat că există două tipuri de aversiune la inechitate, reliefate în următorul exemplu¹²: un bancher londonez se întâlnește cu un cerșetor pe străzile din Londra. Bancherul va fi îndurerat să vadă pe cineva care suferă din cauza sărăciei, preferând ca standardele de viață să fie mai apropiate, el se regăsește într-o situație avantajată de aversiune la inechitate („*advantageous inequity aversion*”).

În același timp, și cerșetorul și-ar dori să își permită să aibă un loc confortabil în care să locuiască și nu dorește să sufere o inechitate, nu dorește s-o ducă mai rău decât cei din jurul lui. Acesta se regăsește într-o situație dezavantajată de aversiune la inechitate („*disadvantageous inequity aversion*”). Astfel, în timp ce ambii, bancherul și cerșetorul, se regăsesc în situații de aversiune la inechitate, cel mai probabil, cerșetorul este mai îngrijorat de poziția sa inechitabilă decât bancherul, care este posibil să simtă doar un mic disconfort la vederea cerșetorului.

Unul dintre cele mai utilizate experimente în economia comportamentală pentru a testa aversiunea la inechitate este *Ultimatum Game*¹³. În cea mai simplă formă a sa, acest experiment are doi participanți (jucători), A și B. A este ofertantul (*the proposer*), iar B este acceptantul (*the responder*). A primește o sumă de bani, să zicem 100 de euro, și are posibilitatea să ofere lui B oricât dorește. Dacă acceptantul refuză oferta propunătorului, niciun jucător nu primește nimic, iar propunătorul trebuie să returneze experimentatorului cei 100 de euro. Economisții clasici ar prezice că oamenii vor juca acest joc într-un mod complet egoist, urmărind să obțină cât de mult pot raportat la ceea ce cred sau știu despre strategia celuilalt jucător. Astfel, A va oferi 1 euro lui B, iar B va prefera să accepte și să obțină astfel 1 euro, decât să nu obțină nimic, A reducându-și astfel capitalul la 99 de euro, pe baza deducției sale cu privire la strategia lui B.

Marea majoritate a rezultatelor obținute în cadrul unui astfel de experiment au arătat că, în realitate, comportamentul indivizilor este diferit de ceea ce au prezis majoritatea economiștilor: ofertantul este deseori mult mai generos, în timp ce acceptantul refuză de multe ori ofertele, chiar și atunci când acestea ajung la valori de 40% sau mai mult din suma totală.

Economiștii comportamentali explică aversiunea la inechitate ca fiind un tip de emoție. Circumstanțele sociale în care ne regăsim ne pot determina să avem resentimente. De exemplu, în cadrul unui *Ultimatum Game*, se poate ca B să considere oferta lui A ca fiind făcută cu rea-credință, iar atunci el va fi pregătit să ceară mai mult de 40 de euro, ca formă de răzbunare și reacție la oferta lui A¹⁴.

Nu în ultimul rând, deciziile pe care le luăm sunt influențate de tendința de a-i imita și urma pe ceilalți („efectul de turmă”). Economisții comportamentali observă ca această tendință ne ajută de multe ori să economisim timp și efort atunci când analizăm o situație, față de cazul în care am face această cercetare de la zero, însă rezultatele unui astfel de comportament pot fi negative atunci când „turma” pe care o urmărim face o alegere greșită¹⁵.

Din toate exemplele de abordare ale economiei comportamentale expuse în rândurile de mai sus, se poate observa că, în timp ce economia convențională se bazează pe rațiune, economia comportamentală nu se raportează la un individ hiper-rațional, ci se focusează pe limitele rațiunii în momentele în care o decizie este luată.

II. Integrarea conceptelor de economie comportamentală în analiza economică a dreptului

Plecând de la premisele economiei, transpuse în drept prin analiza economică a dreptului, curentul *behavioral law and economics* nu face decât să adauge ipotezelor de *law and economics* concepte împrumutate din psihologia comportamentală. Noua paradigmă debutează cu un articol publicat în anul

¹² M. Baddeley, *op. cit.*, p. 20-21.

¹³ W. Güth, R. Schmittberger, B. Schwarze, *An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining*, Journal of Economic Behaviour and Organisation, vol. 3, issue 4, 1982, p. 367-388, disponibil la adresa <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/0167268182900117>, accesată la data de 20.04.2025.

¹⁴ M. Baddeley, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵ *Idem*, p. 27-33.

1998 de Christine Jolls, Cass Sunstein și Richard Thaler¹⁶. Trebuie remarcat că autorii acestuia nu au încercat să înlocuiască concepte de *law and economics*, ci să le îmbunătățească prin capacitatea de a prezice acțiunile umane cu ajutorul ipotezelor care se află la baza teoriei deciziei raționale. *Behavioral law and economics* arată că indivizii sunt cvasi-raționali, având raționalitate limitată, interes personal limitat și putere de voință limitată. *Behavioral law and economics* caută astfel să adauge caracteristici suplimentare omului economic, aducându-l mai aproape de actorii umani reali, influențați semnificativ în deciziile lor de factori care nu pot fi explicați decât cu ajutorul psihologiei.

În cartea sa, intitulată „*Comportament inadecvat. Nașterea economiei comportamentale*”¹⁷, Richard Thaler relatează cum a luat naștere primul său articol despre abordarea comportamentală a *law and economics*, scris împreună cu Christine Jolls și Cass Sunstein¹⁸. Autorii au urmărit introducerea unor elemente de economie comportamentală în abordarea tradițională a analizei economice a dreptului, în care diversele studii realizate conduceau la aceeași concluzie, potrivit căreia piața se autoreglează și nu are nevoie de intervenția forței publice, argumentul principal fiind raportat la „o formă sau alta de fluturare invizibilă din mână”¹⁹. Ideea celor trei a fost aceea de a adăuga câteva dintre componentele esențiale ale economiei comportamentale în argumentele clasice de *law and economics*, pentru a putea observa cum și dacă acestea din urmă pot fi îmbunătățite.

Înainte de publicare și de prezentarea studiului antemenționat la Facultatea de Drept a Universității din Chicago, cei trei au solicitat opinia lui Richard Posner, părintele analizei economice moderne a dreptului. Posner le-a trimis o lungă scrisoare critică, mărturisind că a înțeles să își scrie toate gândurile în acea scrisoare ca să se poată abține de la comentarii în timpul prezentării studiului (ceea ce pare să nu se fi întâmplat până la urmă, Posner izbucnind după cinci minute de discurs).

Cea mai mare dispută a fost legată de teorema lui Coase²⁰, redată simplu, în varianta lui Thaler, astfel: „în lipsa costurilor de tranzacție, adică dacă oamenii pot face ușor schimburi între ei, resursele vor merge către activitatea căreia i se acordă cea mai mare valoare”²¹. Se arată că, deși multe dintre aplicațiile teoremei lui Coase ignoră avertismentul acestuia („evident, această presupunere este total lipsită de realism”²²), rezultatul acestora este greșit, chiar și atunci când se poate demonstra că costul tranzacției este zero.

Pentru a susține această teză, autorii au prezentat rezultatul unui experiment cu câni²³ pe care le-au împărțit aleatoriu unor studenți. Inițial, studenții au fost aranjați în ordinea descrescătoare a prețului pe care fiecare dintre aceștia îl atribuie unei câni, după care acestea au fost distribuite aleatoriu studenților.

Experimentul a relevat că modul în care au fost alocate inițial bunurile (cănila) a avut o anumită influență asupra persoanelor care au ajuns să le dețină la final, întrucât cei care primiseră inițial cănila au ajuns să le evalueze aproximativ dublu față de cei care nu primiseră astfel de obiecte. Cu alte cuvinte,

¹⁶ C. Jolls, C.R. Sunstein, R.H. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, Stanford Law Review, vol. 50, 1998, p. 1471-1550, disponibil la adresa https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles, accesată la data de 20.04.2025.

¹⁷ R.H. Thaler, *Comportament inadecvat. Nașterea economiei comportamentale*, Editura Publica, București, 2015.

¹⁸ Referindu-se la lucrarea C. Jolls, C.R. Sunstein, R.H. Thaler citată *supra*.

¹⁹ Cu referire la metafora „mâinii invizibile” a lui Adam Smith, care ilustrează cum, prin urmărirea propriului interes, indivizii stimulează indirect economia. Adam Smith consideră că, în cazul societăților capitaliste, urmărirea propriului bine contribuie la binele societății. În cadrul mecanismului pieței, guvernat de acest principiu, acțiunile cele mai eficiente și benefice vor fi și cele mai profitabile. Pentru acest concept, a se vedea A. Smith, *Avuția națiunilor*, Editura Publica, București, 2011.

²⁰ Într-o formulă sintetică, plecând de la ipoteza unei societăți în care (i) drepturile subiective, în special dreptul de proprietate, sunt enunțate clar, (ii) libertatea de acțiune, respectiv libertatea contractuală a indivizilor, este garantată și (iii) costurile de tranzacție sunt egale cu zero, teorema lui Coase arată că alocarea resurselor va fi mereu aceeași și Pareto eficientă, indiferent de modalitatea în care au fost distribuite inițial drepturile subiective. În acest sens, a se vedea D.-A. Cărmădăriu, *Eficiența economică. Un principiu în dreptul contractelor*, în L. Bercea (ed.), „Contractele nenumite în afaceri”, Editura Universul Juridic, București, 2017, p. 120.

²¹ R.H. Thaler, *op. cit.*, p. 371.

²² R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics 3, 1960, p. 1-44, *apud* R.H. Thaler, *op. cit.*, p. 373.

²³ R.H. Thaler, *op. cit.*, p. 371-377.

chiar și atunci când costurile tranzacției sunt zero, „îndrituirile” („*entitlements*”)²⁴ inițiale modifică alocarea finală a resurselor, iar asemenea rezultate sunt prezise de economia comportamentală²⁵.

Acest efect este denumit, în general, „efect de înzestrare” („*endowment effect*”) și reprezintă o manifestare a fenomenului mai larg de „aversiune față de pierderi” (ideea că pierderile îi afectează mai mult pe indivizi decât câștigurile), care, la rândul său, este o construcție fundamentală a teoriei perspectivei („*prospect theory*”), avansată de Daniel Kahneman și Amos Tversky²⁶. Aceasta pornește de la conceptul de aversiune față de pierdere, o formă asimetrică de aversiune la risc, arătând că oamenii reacționează diferit atunci când vine vorba de pierderi potențiale și câștiguri potențiale, astfel încât aceștia vor lua decizii cu privire la posibilele câștiguri sau pierderi raportându-se la situația lor specifică (ca punct de referință).

Se poate observa că diferențele dintre analiza economică convențională și cea comportamentală nu se localizează în exclusivitate în modul în care se construiesc ipotezele despre comportamentul uman, ci, în special, în ceea ce privește predicțiile referitoare la acest comportament. *Behavioral law and economics* reușește să previzioneze cu mai mare acuitate comportamentele oamenilor, ridicându-se astfel la standardul pe care Milton Friedman l-a trasat științei economice: „*Economics should not be judged on whether the assumptions are realistic or valid, but rather on the quality of its predictions*”²⁷ („știința economică nu ar trebui evaluată în raport de realitatea sau validitatea ipotezelor sale, ci mai degrabă în raport de calitatea previziunilor sale”).

Astfel, acest nou curent îmbogățește conceptele de analiză economică a dreptului, aducându-le mai aproape de realitate prin completarea modelului abstract al omului economic cu trăsăturile reale ale indivizilor, priviți în interacțiunile lor de zi cu zi.

III. Aplicații ale *behavioral law and economics* în deciziile de afaceri

Relevanța conceptelor de *behavioral law and economics*. În contextul celor expuse mai sus, se poate observa că abordarea pur economică este completată de conceptele avansate de analiza comportamentală, care relevă faptul că indivizii sunt cvasi-rațional, iar puterea lor de voință și interesele sunt, la rândul lor, limitate și marcate de prejudecăți și alte disonanțe cognitive.

Deși studiile la care am făcut referire, precum și concluziile acestora vizează indivizi care acționează în nume și interes propriu, autorii de *behavioral law and economics* nu au neglijat nici ipotezele în care indivizii sunt chemați a decide în numele altora. Chiar dacă cercetările în domeniu sunt relativ puține (ca o consecință a gradului ridicat de confidențialitate în procesul decizional în afaceri și a dificultății de observare a comportamentului factorilor de decizie²⁸) și specifice spațiului juridic american, acestea

²⁴ „*The entitlement*” sau, astfel cum a fost tradusă în limba română „îndrituirea”, reprezintă, în sensul cel mai larg, modalitatea prin care sistemul de drept tranșează conflictele dintre interesele concurente ale unor indivizi sau ale colectivității, acordând preferință unei anumite părți. A se vedea, în acest sens, G. Calabresi, A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, în *Harvard Law Review*, vol. 85, nr. 6, 1972, p. 1089-1128. Pentru o explicație a conceptului în doctrina română, a se vedea L. Bercea, D. Cărmădăriu, *Ordinea oamenilor liberi. O scurtă incursiune în istoria analizei economice a dreptului*, în *Studia Universitatis Babes-Bolyai Iurisprudentia* nr. 4/2020, disponibil la adresa <https://studia.law.ubbcluj.ro/index.php/iurisprudentia/article/download/76/121?inline=1>, accesată la data de 20.04.2025. C. Paziuc, *Răspunderea contractuală. O analiză juridică și economică*, Editura Universul Juridic, București, 2019, p. 31.

²⁵ C. Jolls, C.R. Sunstein, R.H. Thaler, *op. cit.*, p. 1483.

²⁶ Pentru studiul integral realizat de cei doi autori, a se vedea D. Kahneman, A. Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, în *Econometrica*, nr. 47, 1978, p. 263-291, disponibil la adresa <https://www.jstor.org/stable/1914185>, accesată la data de 10.03.2025.

²⁷ M. Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, *Essays in Positive Economics* 3, 1953, p. 14-16 *apud* C. Jolls, C.R. Sunstein, R.H. Thaler, *op. cit.*, p. 1484.

²⁸ Se arată că răspunsul psihologic, prudent, la orice întrebare privind modul în care o persoană, de exemplu, un manager/director general (CEO), sau un întreg consiliu de administrație implicat într-o deliberare de grup, va gândi sau va acționa este aproape întotdeauna „depinde”, ceea ce nu se pretează la o analiză juridică care să genereze foarte mare încredere sau care să fie aptă de generalizare. În aceste sens, a se vedea D.C. Langevoort, *The Behavioral Economics of Mergers and Acquisitions*, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, 2011, disponibil la adresa <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/438/>, accesată la data de 30.03.2025.

demonstrează faptul că decidenții din cadrul companiilor sunt influențați de factori psihologici, iar această influență se răsfrânge asupra activității lor decizionale.

Pentru economia comportamentală, dreptul societar a reprezentat o oarecare provocare, deoarece o mare parte a acestuia se baza pe predicția lui Coase, conform căruia sistemul juridic ar trebui să lase în seama particularilor deciziile cu caracter alocativ de resurse, pentru că, în condițiile unor costuri de tranzacție nule, particularii vor lua decizii optime²⁹. În analiza economică tradițională, societatea (comercială) era văzută, *inter alia*, ca un nod de contracte, care îi lega pe acționari de diverse alte persoane îndeplinind diverse calități, cum ar fi furnizori, salariați, clienți. Acționarii nu erau considerați proprietari față de care administratorii își asumau o serie de obligații fiduciare, ci erau văzuți, mai degrabă, ca niște furnizori de capital care obțineau protecție juridică pentru investiția lor prin diverse tehnici și instrumente. Obligațiile fiduciare decurgeau din clauzele contractuale explicite sau implicite stabilite între management și acționari și nu din conceptul de obligații fiduciare, dedus, la rândul său, din figurile juridice ale dreptului de proprietate, contractului de agenție sau contractului de administrare ori fiducie. Se presupunea că dreptul societar tinde spre eficiență, deoarece orice ineficiență i-ar determina pe participanții la orice contract de societate sau orice pact subsecvent unui asemenea contract să modifice termenii acordului astfel încât să-și maximizeze utilitatea lor³⁰.

Una dintre principalele implicații ale teoriei contractualiste a fost deferența pe care instanțele (preponderent, americane) au arătat-o față de deciziile manageriale, considerând că acordurile de drept societar sunt voluntare și că piața însăși va corecta orice greșeli în procesul decizional. Una dintre cele mai bune reprezentări ale acestei abordări contractualiste apare în celebra opinie a judecătorului Ralph Winter din cauza *Joy v. North*³¹. Explicând de ce acționarii nu ar trebui să poată câștiga un proces intentat împotriva administratorilor neglijenți în executarea obligațiilor lor fiduciare, judecătorul Winter a afirmat că „(...) acționarii își asumă în mod voluntar, într-o măsură foarte reală, riscul unei judecăți de afaceri greșite. Investitorii nu sunt obligați să cumpere acțiuni, deoarece piețele de investiții oferă o serie de oportunități mai puțin vulnerabile la greșelile de judecată ale administratorilor societăților. Investitorii nu sunt obligați nici să cumpere acțiuni la anumite societăți. În exercitarea a ceea ce este cu adevărat o alegere liberă, calitatea conducerii unei întreprinderi este adesea decisivă, iar consultanții profesioniști oferă informații. Având în vedere că acționarii pot selecta și selectează investițiile în parte pe baza managementului, regula judecății de afaceri nu face decât să recunoască un anumit voluntarism în asumarea riscului unor decizii de afaceri greșite”³². Cu alte cuvinte, pentru că este cunoscut faptul că unii manageri fac greșeli și pentru că indivizii sunt prezumați raționali, se poate presupune că acești indivizi, în calitatea lor de acționari sau investitori, acceptă riscul unor decizii manageriale greșite atunci când subscriu acțiuni la o societate.

Această concepție redă crezul juridico-economic dominant al vremii, marcat de curentul economic neoliberal, însă trădează o viziune mai degrabă simplistă asupra raționalității umane: „știm ce vor oamenii pentru că acțiunile lor reflectă ceea ce vor”³³. Se presupunea, astfel, că un individ știe ce vrea și

²⁹ J. Arlen, M. Spitzer, E. Talley, *Endowment effects within corporate agency relationships*, Journal of Legal Studies, vol. 31, 2002, disponibil la adresa https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2616/, accesată la data de 30.03.2025.

³⁰ F.H. Easterbrook, D.R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1991, p. 28-29.

³¹ A se vedea *Joy v. North*, 692 F.2d 880, 2d Cir. 1982, disponibilă la adresa <https://case-law.vlex.com/vid/joy-v-north-no-893020280h>, accesată la data de 30.03.2025.

³² Versiunea în limba engleză a textului citat: „Shareholders to a very real degree voluntarily undertake the risk of bad business judgment. Investors need not buy stock, for investment markets offer an array of opportunities less vulnerable to mistakes in judgment by corporate officers. Nor need investors buy stock in particular corporations. In the exercise of what is genuinely a free choice, the quality of a firm's management is often decisive and information is available from professional advisors. Since shareholders can and do select among investments partly on the basis of management, the business judgment rule merely recognizes a certain voluntariness in undertaking the risk of bad business decisions”.

³³ Versiunea în limba engleză: „We know what people want because their actions reflect what they want”. A se vedea K. Greenfield, *The End of Contractarianism? Behavioral Economics and the Law of Corporations*, în E. Zamir, D. Teichman, *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, 2014, p. 520-521.

alege mijloacele adecvate pentru a-și atinge obiectivele³⁴, adică „omul este un maximizator rațional al propriilor scopuri în viață”, în cuvintele lui Posner³⁵. Însă psihologii și economiștii care au introdus psihologia în studiile lor au atras destul de repede atenția că tiparele comportamentale umane sunt mult mai dezordonate și complexe decât cele prezumate în teorie, asumțiile concepției contractualiste în dreptul societar nefiind altceva decât niște simple profesii de credință, fără suport solid în realitate.

Deși s-ar putea crede că cei care acționează în mediul de afaceri sunt capabili să fie „mai raționali” în ceea ce privește aspectele economice pe care le gestionează, categoria socio-profesională a conducătorilor de întreprinderi (manageri, directori, administratori) poate fi supusă unor erori cognitive mai dese și mai grave decât media populației. Această categorie este influențată în deciziile lor de încrederea excesivă³⁶, prejudecata cauzată de atașamentul față de diverse decizii anterioare, chiar dacă acestea sunt eronate (*sunk cost bias*) și erorile de atribuire (presupunând că succesul deciziilor provine mai degrabă ca urmare a unor fapte proprii decât din pură întâmplare)³⁷.

În ceea ce privește deciziile de grup specifice consiliilor de administrație, se arată că ceea ce pune sub semnul întrebării independența membrilor se extinde dincolo de motivațiile pecuniare care pot genera conflicte de interese. Chiar dacă un membru al grupului este independent, în sensul că nu are niciun interes financiar în conflict, există elemente psihologice care influențează deciziile sale, cum sunt tendința de a se alinia la deciziile majoritare, ceea ce va relativiza capacitatea unui membru cu o asemenea tendință de a analiza corect o eventuală contestare, provenită de la un membru mai activ sau mai „gălăgios”³⁸, tendința de a se supune figurilor de autoritate din cadrul grupului, ceea ce conduce la situația în care aceste figuri își impun prea ușor punctul de vedere, chiar dacă acesta ar fi eronat, întrucât cei „supuși” evită verificarea opiniilor figurilor de autoritate³⁹ sau, pur și simplu, un conformism excesiv,

³⁴ A. Bernstein, *Whatever happened to law and economics?*, Maryland Law Review, vol. 64, 2005, p. 308, disponibil la adresa <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=3367&context=mlr>, accesată la data de 30.03.2025.

³⁵ Versiunea în limba engleză: „*Man is a rational maximizer of his ends in life*”. A se vedea R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 6th ed., 2003, p. 3, *apud* K. Greenfield, *op. cit.*, p. 523.

³⁶ În ceea ce privește problema încrederii excesive iraționale sau a optimismului exagerat, acestea apar atunci când un individ sau un grup are așteptări false cu privire la șansele de succes care decurg din orice decizie particulară. Inflația așteptărilor poate rezulta dintr-o serie de fenomene diferite printre care tendința oamenilor de a subestima probabilitatea unor riscuri mici sau de a supraestima probabilitatea producerii unor riscuri importante (fie din cauza recurenței, fie din cauza impactului emoțional) sau, dimpotrivă, de a estima greșit riscurile ca urmare a unei prejudecăți generate de ignorare „a faptelor care nu corespund unei opinii sau viziuni anterioare și de a acorda prioritate faptelor care o fac (*confirmation bias*). A se vedea D. Griffin, L. Brenner, *Perspectives on Probability Judgment Calibration*, Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making, 2004, p. 182-195, disponibil la adresa <https://bear.warrington.ufl.edu/brenner/papers/griffin-brenner-blackwell-chapter.pdf>, accesată la data de 30.03.2025. Excesul de încredere denaturează în aceeași măsură deciziile de investiții atât ale persoanelor fizice, cât și ale întreprinderilor. Managerii prea încrezători subestimează, de asemenea, riscul de faliment și sunt prea încrezători în capacitatea lor de a evita insolvența. A se vedea A. M. Dickerson, *A Behavioral Approach to Analyzing Corporate Failures*, Wake Forest Law Review, vol. 38, 2003, disponibil la adresa https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=380821, accesată la data de 30.03.2025. Încrederea excesivă, atunci când este asociată cu prejudecățile de confirmare (*confirmation bias*), poate fi deosebit de distructivă în mediul de afaceri. Tendința de confirmare va conduce la opinii eronate cu privire la poziția strategică a întreprinderii, iar încrederea excesivă îi va determina pe manageri să fie puternic investiți în aceste convingeri și, prin urmare, puțin dispus să caute informații care ar sugera că s-ar putea înșela. A se vedea D.C. Langevoort, *The Human Nature of Corporate Boards: Law, Norms, and the Unintended Consequences of Independence and Accountability*, The Georgetown Law Journal, vol. 89, 2001, p. 803, disponibil la adresa https://www.researchgate.net/publication/228159158_The_Human_Nature_of_Corporate_Boards_Law_Norms_and_the_Unintended_Consequences_of_Independence_and_Accountability, accesată la data de 30.03.2025.

³⁷ De exemplu, urmare a competiției pentru promovare și a câștigului financiar pe care promovarea îl aduce, asumarea cu succes a riscurilor este recompensată (chiar dacă riscurile au fost minore), iar dacă există suficiente persoane în competiție, câștigător va fi cel care a acceptat și-a asumat riscurile nerezonabile cu cea mai mare încredere. În vârful ierarhiei corporative se situează, de obicei, cei care manifestă o încredere excesivă și o toleranță irațională la risc. A se vedea, în acest sens, K. Greenfield, *op. cit.*, p. 524.

³⁸ *Idem*, p. 529.

³⁹ R.K. Morck, *Behavioral Finance in Corporate Governance: Economics and Ethics of the Devil's Advocate*, Journal of Management and Governance, vol. 12, issue 2, 2008, disponibil la adresa https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2269929, accesată la data de 30.03.2025.

caz în care judecățile eronate apar pentru că la deliberări iau parte persoane a căror gândire este similară și care nu au nicio intenție de a se contrazice⁴⁰.

În plus, cercetătorii behavioriști arată că divulgarea de informații nu conduce la rezultatul pe care îl presupune teoria alegerii raționale. Indivizii sunt ușor copleșiți de informații, astfel încât beneficiile informării pot fi eliminate cu ușurință⁴¹. Alte fenomene comportamentale subminează, de asemenea, informarea ca remediu universal. Investitorii se angajează în mod obișnuit într-un comportament irațional „de turmă”, folosind deciziile altor investitori ca indicatori de valoare, în loc să-și facă propriile judecăți independente pe baza informațiilor disponibile⁴².

O posibilă implicație juridică a acestor fenomene ar fi aceea că instanțele ar trebui să fie mai reticente în a se baza pe regula judecății de afaceri în soluționarea cererilor care rezultă dintr-o presupusă gestionare greșită a întreprinderii. Concentrarea pe standardul impus de *business judgment rule* nu surprinde defectele în procesul decizional care rezultă din factori precum încrederea excesivă sau alte prejudecăți, chiar și atunci când astfel de defecte au consecințe potențial dezastruoase asupra întreprinderii. Studiile comportamentale sugerează astfel că ar putea fi oportună o cercetare mai aprofundată de către instanțe a fondului deciziilor de afaceri, cel puțin în acele cazuri în care un control judiciar eficient și nepărtinitor din punct de vedere cognitiv poate contracara *ex post* defectele din procesul decizional sau le poate descuraja *ex ante*⁴³.

Business judgment rule și standardul de diligență al practicienilor în insolvență în dreptul român.

Regula judecății de afaceri⁴⁴ (*business judgement rule*) a fost transpusă și în reglementarea cuprinsă în Legea nr. 31/1990 a societăților⁴⁵ („Legea nr. 31/1990” sau „Legea societăților”). Astfel, art. 144¹ din Legea nr. 31/1990 prevede în alin. (1) că „membrii consiliului de administrație își vor exercita mandatul cu prudență și diligența unui bun administrator”, obligația de la alin. (1) nefiind încălcată „dacă în momentul luării unei decizii de afaceri el (administratorul – s.m.) este în mod rezonabil îndreptățit să considere că acționează în interesul societății și pe baza unor informații adecvate.” [alin. (2) al textului citat].

Similar, în cazul practicianului în insolvență, acesta nu poate fi tras la răspundere pentru actele procesuale ori pentru conținutul înscrisurilor întocmite în cadrul procedurii dacă a acționat „cu bună-credință, în limitele atribuțiilor prevăzute de lege și a informațiilor disponibile” [art. 182 alin. (3) din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență⁴⁶ – „Legea nr. 85/2014” sau „Legea insolvenței”].

În ambele cazuri, standardul de diligență pare a se raporta la informațiile avute la dispoziție la momentul luării unei decizii, până la urmă, de afaceri.

Regula judecății de afaceri, astfel cum este prevăzută de Legea nr. 31/1990, reprezintă un standard al răspunderii administratorului și un mijloc de protecție al acestuia în deciziile pe care le ia în administrarea societății, astfel încât acesta să-și poată exercita, deplin și liber, puterile acordate. Această

⁴⁰ C.R. Sunstein, C. Jolls, *Debiasing through Law*, John M. Olin Program, Law and Economics Working Paper No. 225, 2004, disponibil la adresa https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/158/, accesată la data de 30.03.2025.

⁴¹ R.B. Korobkin, T.S. Ulen, Thomas, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, California Law Review, vol. 88, 2000, p. 1075-1076, disponibil la adresa https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=229937, accesată la data de 30.03.2025.

⁴² S.M. Bainbridge, *Mandatory disclosure: A behavioral analysis*, University of Cincinnati Law Review, vol. 68, 2002, disponibil la adresa https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=329880, accesată la data de 30.07.2024.

⁴³ K. Greenfield, *op. cit.*, p. 527.

⁴⁴ Pentru explicații asupra sensului și conținutului, precum și asupra aplicabilității în dreptul societar român a regulii deciziei de afaceri, a se vedea L. Bercea, *Regula judecății de afaceri: un transplant legal imposibil*, în *Pandectele Române* nr. 3/2006, disponibilă la adresa <https://sintact.ro/#/publication/150999611?keyword=Bercea&cm=SREST>, precum și L. Bercea, *Regula judecății de afaceri: despre noul regim al răspunderii administratorilor societăților pe acțiuni*, în *Pandectele Române* nr. 8/2007, disponibilă la adresa <https://sintact.ro/#/publication/150999703?keyword=Bercea&cm=SREST>, ambele accesate la data de 20.04.2025. Pentru o analiză recentă asupra noțiunii, a se vedea V. Soltan, *Conformitatea legislativă a deciziilor de afaceri ale administratorilor – o problemă de drept evidentă? (I)*, în *Revista Dreptul* nr. 11/2021, p. 79-99, precum și V. Soltan, *Conformitatea legislativă a deciziilor de afaceri ale administratorilor – o problemă de drept evidentă? (II)*, în *Revista Dreptul* nr. 1/2022, p. 9-32.

⁴⁵ Republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 1066 din data de 17.11.2004.

⁴⁶ Publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 466 din data de 25.06.2014.

calificare impune judecătorului ca o eventuală cenzură a deciziei administratorului să se realizeze prin prisma acestui standard⁴⁷.

Legea societăților instituie în sarcina administratorilor societăților obligațiile de prudență și diligență și, subsecvent, reglementează regula judecății de afaceri. Se impune astfel administratorului ca în luarea deciziilor care privesc societatea „să acționeze cu bună-credință, în urma unei judecăți oneste și informate, urmărind scopul social cu loialitate și exercitându-și puterile de administrare în interesul societății”⁴⁸.

Aspectele esențiale ale regulii judecății de afaceri, evidențiate în jurisprudența națională⁴⁹, sunt: (i) art. 144¹ din Legea nr. 31/1990 reprezintă recunoașterea limitelor obligației de prudență și diligență a administratorilor; (ii) regula judecății de afaceri protejează administratorii care nu vor răspunde pentru simplul fapt al luării unei decizii greșite prejudiciabile pentru societate; (iii) administratorii trebuie să se informeze într-un mod adecvat și relativ, nu exhaustiv și absolut; (iv) protecția administratorilor sub această regulă nu se aplică în situația în care au un interes contrar interesului societății sau nu sunt independenți față de obiectul deciziei sau alte părți implicate, acționează cu rea-credință, acționează într-o manieră străină unui scop rațional de afaceri, acționează cu neglijență gravă; (v) decizia de afaceri va fi cenzurată de instanță dacă administratorii s-au îndepărtat atât de mult de orice scop rațional de afaceri, încât comportamentul lor nu ar putea fi explicat altfel decât fie ca abuz de putere, fie ca gravă neglijență sau imprudență.

Totuși, se observă⁵⁰ că instanțele naționale nu aplică în mod riguros *business judgment rule*, apelând mai degrabă la regulile din dreptul comun referitoare la răspunderea civilă delictuală sau contractuală, regula fiind privită mai degrabă ca „un standard atenuat de evaluare a obligației de diligență și prudență a administratorilor”.

În plus, analiza pe care instanțele o realizează în aplicarea art. 144¹ din Legea societăților este una de legalitate⁵¹, iar nu de oportunitate, aspect care va face inaplicabilă protecția oferită de *business judgment rule*, în sensul că în cazul unor decizii contrare legii, demonstrarea elementului de ilegalitate va fi suficientă pentru ca instanțele naționale să stabilească răspunderea administratorului, fiind puțin probabil că acestea se vor angaja într-o analiză a motivelor care au stat la baza deciziei neconforme (în contextul obligației de diligență și prudență)⁵².

Având în vedere cele expuse mai sus, cu toate că atât deciziile administratorului societății, cât și cele ale practicianului în insolvență au la bază analize de oportunitate întemeiate pe considerente economice ca urmare a domeniului predilect în care acestea intervin, se poate observa că domeniul de aplicare, dar și standardele aplicabile în exercitarea atribuțiilor diferă semnificativ.

⁴⁷ L. Bercea, *Regula judecății de afaceri...*, op. cit., 2006.

⁴⁸ L. Bercea, *Regula judecății de afaceri...*, op. cit., 2007. Efectul pe care îl produce regula judecății de afaceri este acela de exonerare de răspundere a administratorului pentru pagubele produse societății prin decizia adoptată. Cu toate acestea, un asemenea efect este condiționat de întrunirea cumulativă a elementelor constitutive ale regulii judecății de afaceri, anume: (i) calificarea deciziei ca una de afaceri, definită legal ca „orice decizie de a lua sau de a nu lua anumite măsuri cu privire la administrarea societății” [art. 144 alin. (3) din Legea nr. 31/1990], respectiv (ii) credința rezonabilă a administratorului că acționează în interesul societății și pe baza unor informații suficiente. Informarea prealabilă trebuie să fie adecvată la circumstanțele afacerii, adică „să fie completă relativ, iar nu absolut”. Astfel informat, administratorul trebuie să ia cu bună-credință decizia pe care o consideră cea mai bună pentru societate.

⁴⁹ Curtea de Apel Timișoara, Secția a II-a civilă, Decizia nr. 236/2012 din 20.12.2012, disponibilă la adresa www.rolii.ro, accesată la data de 30.05.2024.

⁵⁰ A se vedea, în acest sens, V. Soltan, *Conformitatea legislativă (II)...*, op. cit., p. 18-19.

⁵¹ A se vedea ICCJ, Secția a II-a civilă, Decizia nr. 326/2017 din 28.02.2017, disponibilă la adresa <https://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=136849#highlight>, accesată la data de 30.04.2025. În speță, ICCJ reține că „administratorii răspund față de societate pentru nerespectarea dispozițiilor legale referitoare la atribuțiile lor, precum și pentru nerespectarea obligațiilor stabilite prin mandatul încredințat de acționari, prin actul constitutiv sau prin hotărârea adunării generale”, iar „analiza de legalitate efectuată de instanța de judecată sub aspectul conduitei administratorilor, circumstanțiată dispozițiilor art. 144¹ din Legea nr. 31/1990, nu poate interfera cu oportunitatea actului de administrare, care poate fi cenzurat de către organul decizional al societății, respectiv adunarea generală, în condițiile și cazurile prevăzute de lege”.

⁵² V. Soltan, *Conformitatea legislativă (II)...*, op. cit., p. 19-20.

În primul rând, deciziile administratorilor societăți sunt specifice perioadei în care debitorul își desfășoară activitatea curentă (*business as usual*), spre deosebire de practicianul în insolvență, care intervine într-un peisaj cu totul particular, în care, ca urmare a unor evenimente „nefericite” în derularea afacerii debitorului „*as usual*”, acesta a ajuns în stare de insolvență.

În al doilea rând, atribuțiile practicianului în insolvență sunt expres stabilite de lege și exercitate în interesul procedurii. Asemenea atribuții se depărtează de scopul obținerii de profit, specific activității curente a societății, și urmăresc o eventuală valorificare a patrimoniului și activității debitorului în vederea acoperirii creanțelor aparținând creditorilor participanți la procedură și, atunci când este posibil, redresarea debitorului.

Aceste distincții sunt evidențiate și de textele de lege aplicabile răspunderii administratorilor societății, precum și cele din Legea nr. 85/2014 pentru antrenarea răspunderii practicianului în insolvență. În primul caz, standardele impuse de Legea societăților par a genera confuzii cu privire la limitele controlului judecătoresc asupra deciziilor de afaceri. Aceasta în contextul în care s-a încercat conferirea unei oarecare protecții specifice deciziilor de afaceri ale administratorilor societari astfel încât să-și poată exercite puterile acordate. Astfel, se impune standardul de prudență și diligență aferent unui bun administrator, care va fi respectat dacă în momentul luării unei decizii de afaceri administratorul este în mod rezonabil îndreptățit să considere că acționează în interesul societății și pe baza unor informații adecvate.

În cel de-al doilea caz, se observă că Legea insolvenței se raportează expres la atribuțiile legale ale practicianului în insolvență, iar standardul aplicabil este cel al bunei-credințe. Astfel, art. 182 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 cuprinde premisa antrenării răspunderii practicianului în insolvență, anume atunci când acesta acționează în exercitarea atribuțiilor cu rea-credință sau gravă neglijență, după care definește cele două noțiuni prin raportare la atribuțiile legale prevăzute în sarcina administratorul/lichidatorul judiciar. Alin. (3) al aceleiași norme stabilește o protecție a practicianului care acționează cu bună-credință, în limitele atribuțiilor prevăzute de lege și a informațiilor disponibile, pentru (i) actele procesuale efectuate sau (ii) conținutul înscrisurilor întocmite în cadrul procedurii. Aceasta întrucât: (i) practicianul, acționând într-o procedură de insolvență, este obligat *ex lege* să deruleze anumite atribuții, implicând, în multe cazuri, aprecieri și raționamente concrete; (ii) practicianul nu răspunde astfel cum ar răspunde debitorul, dacă acest debitor ar acționa într-un circuit juridic obișnuit, de drept comun⁵³.

Behavioral law and economics – posibile aplicații cu privire la deciziile practicianului în insolvență.

Corelând conceptele expuse în secțiunile anterioare, se observă că, deși studiile de *behavioral law and economics* din dreptul societar se referă la administratorii sociali, adică la persoanele chemate a acționa în numele persoanei juridice reprezentate, nici practicianul în insolvență nu acționează în interes propriu. Similar administratorilor societății, care lucrează în interesul societății, practicianul în insolvență lucrează în scopul și interesul procedurii.

În acest context, nu este exclus ca fenomene precum cele identificate în lucrările citate să influențeze deciziile practicianului în insolvență, care, chemat a gestiona situația debitorului insolvent, este pus în fața adoptării unor decizii de oportunitate, pe baza informațiilor avute la dispoziție, în exercitarea atribuțiilor conferite de Legea insolvenței și în scopul procedurii.

Pentru a verifica dacă administratorul social a luat o decizie cu respectarea standardului impus de regula judecății de afaceri, instanța ar trebui să verifice dacă, la momentul luării deciziei, acesta a avut informații adecvate, pe baza cărora a considerat, în mod rezonabil, că acționează în interesul societății. Similar, în cazul unei acțiuni în atragerea răspunderii practicianului în insolvență, instanța va analiza dacă administratorul/lichidatorul judiciar a acționat cu bună-credință, în limitele atribuțiilor prevăzute de lege și ale informațiilor disponibile, adică dacă acesta nu a încălcat normele de drept material ori procesual,

⁵³ A. Deli-Diaconescu, S. M. Miloș, *Principalele elemente de noutate aduse prin Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență*, în Revista Română de Drept Privat nr. 7/2014, disponibil la adresa <https://sintact.ro/#/publication/151008971?keyword=A.%20Deli-Diaconescu,%20S.%20M.%20Mi%20Principalele%20elemente%20de%20noutate%20aduse%20prin%20Legea%20nr.%2085%20F2014%20privind%20procedurile%20de%20prevenire%20a%20insolven%C5%A3ei%20C5%9Fi%20de%20insolven%C5%A3%C4%83&cm=SFIRST>, accesată la data de 30.04.2025.

urmărind sau acceptând vătămarea unui interes legitim, sau nu și-a îndeplinit ori și-a îndeplinit defectuos o obligație legală și, prin aceasta, a determinat vătămarea unui interes legitim.

La fel ca legislația aplicabilă societăților, Legea insolvenței stabilește, astfel, limitele exercitării atribuțiilor practicianului în insolvență și, în același timp, limitele unui eventual control judiciar asupra deciziilor luate de practicianul în insolvență în exercitarea atribuțiilor sale. Fiind un profesionist în domeniu, standardul de raționalitate pretins acestuia este mai ridicat decât cel așteptat în gestionarea propriilor afaceri, practicianul în insolvență fiind ținut să acționeze obiectiv, în interesul procedurii. Însă decizia supusă eventualului control aparține, până la urmă, unei persoane, iar niciunul din elementele psihologice expuse *supra* nu poate fi exclus din procesul decizional.

Reamintesc că un control judiciar asupra deciziilor administratorului/lichidatorului judiciar va privi doar chestiuni de legalitate, iar nu aspecte de oportunitate, însă analiza impusă de art. 182 din Legea insolvenței în controlul deciziilor administratorului/lichidatorului judiciar nu exclude, *de plano*, cercetarea unor elemente de natură psihologică care l-au determinat pe practician să adopte o anumită măsură. De exemplu, acesta ar fi putut estima eronat riscurile pe care o decizie de-a sa (chiar cu privire la soarta contractelor în derulare ale debitorului) le generează, ca urmare a unei prejudecăți rezultând din ignorarea faptelor care nu corespund unei opinii sau viziuni anterioare și de a acorda prioritate faptelor care o fac, ori din cauza limitărilor cognitive la care poate conduce un volum redus sau, dimpotrivă, semnificativ de informație sau, de ce nu, ca urmare a încrederii excesive iraționale. Toate aceste elemente ar trebui să facă parte din analiza pe care judecătorul o întreprinde în verificarea legalității deciziilor administratorului/lichidatorului judiciar, ca parte a elementelor de fapt prin prisma cărora se va determina dacă acesta a acționat în limitele legii.

IV. Concluzii

Înțelegerea comportamentului decizional prin prisma economiei comportamentale oferă o perspectivă mai realistă asupra limitelor raționalității umane, dezvăluind faptul că deciziile juridice și economice sunt adesea modelate nu doar de calcule raționale, ci și de factori emoționali, constrângeri cognitive și influențe sociale. Cei chemați să ia decizii în numele și în interesul altora (fie ca administratori societari, fie ca practicieni în insolvență), nu sunt imuni la aceste fenomene psihologice, care le pot afecta în mod semnificativ raționamentul, percepția riscurilor și alegerea dintre alternativele disponibile.

Prin urmare, o evaluare riguroasă a deciziilor lor nu ar trebui să se limiteze la o simplă verificare formală, ci trebuie să integreze și analiza contextului psihologic în care acele decizii au fost luate, având în vedere factorii care pot distorsiona procesul decizional. Numai o asemenea abordare, atentă atât la cadrul legal, cât și la realitățile cognitive ale actorilor implicați, poate asigura un echilibru just între protecția libertății de decizie, specifică activității de afaceri, și exigențele responsabilității profesionale în exercitarea atribuțiilor.