

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NELLE SOCIETÀ DI CAPITALI NEL DIRITTO FRANCESE

Aurora Visentin

SOMMARIO: 1. Forma e composizione dell'organo di gestione. - 2. Obblighi e principi di amministrazione. - 3. Violazioni, azioni e danni. - 4. Business judgment rule - 5. Conclusioni con alcune indicazioni di attenzione.

Nel sistema francese si definiscono **società di persone** quelle società in cui i soci si riuniscono sulla base della loro personalità ossia in considerazione del cosiddetto *intuitu personae*. In tali società, i soci devono approvare ogni nuovo socio e decidere se il verificarsi di un evento che colpisce la persona di uno di loro impedisce o meno alla società di continuare la sua attività.

Le regole di entrata ed uscita delle società sono rigide, così come le regole per il processo decisionale. Ad esempio, nell'ipotesi di cessione delle proprie quote da parte di un socio, quest'ultimo, il cedente, è obbligato a rimanere nella società se tale cessione non è approvata dagli altri soci.

Nell'ordinamento francese le società di persone sono: le *sociétés en nom collectif* (SNC) le *sociétés en commandite simple* (SCS) e le *sociétés civiles*.

Le **società di capitali**, la *société anonyme* (SA) e la *société en commandite par actions* (SCA) sono società il cui sistema non si basa sulla personalità dei soci. I soci generalmente non si conoscono e possono, salvo eccezioni, trasferire liberamente le loro azioni.

Tra le società di persone e le società di capitali ci sono le *sociétés à responsabilité limitée* (SARL), le cui caratteristiche sono mutate dalle prime e dalle seconde. Lo stesso vale per le *sociétés par actions simplifiées* (SAS), in cui l'*intuitu personae* tra i soci è solitamente un fattore determinante.

Da un punto di vista fiscale, le SARL e le SAS sono soggette all'imposta sulle società come le SA, il che porta spesso a trattarle come società di capitali.

1. *Forma e composizione dell'organo di gestione.*

1.1. La SA, Société anonyme.

In Francia, la gestione della SA segue due modelli. Il primo, più diffuso, prevede un sistema basato su un unico organo: il **consiglio di amministrazione**.

Il secondo, anche se non è il più comune nella pratica, è favorito nelle grandi strutture, e prevede una gestione strutturata intorno a due entità distinte: il *directoire*, che assicura l'amministrazione della società ed il **consiglio di sorveglianza**, che controlla le attività dello stesso *directoire*.

a. SA amministrata da un consiglio di amministrazione: SA di tipo classico.

La gestione e la direzione delle SA tradizionali sono divise tra tre organi:

- il consiglio di amministrazione, composto dagli amministratori, che ha il compito di controllare la gestione della direzione, stabilire gli orientamenti strategici della società e garantire il buon funzionamento della stessa;

- il presidente del consiglio di amministrazione, noto in pratica come “presidente non esecutivo”, il cui compito è quello di assicurare il buon funzionamento degli organi della società;

- il *directeur général*, che ha pieni poteri per dirigere la società e rappresentarla nei confronti di terzi.

Le funzioni di presidente e di *directeur général* possono essere separate o affidate alla stessa persona. Queste due forme di organizzazione, il cumulo o la separazione, possono essere scelte dal consiglio di amministrazione, alle condizioni stabilite nello statuto, a patto che gli azionisti ed i terzi siano informati.

• **Il consiglio di amministrazione**

Il consiglio di amministrazione deve essere composto da almeno 3 ed al massimo 18 membri. Entro questi limiti, il numero di amministratori è liberamente determinato nello statuto.

Gli amministratori non sono tenuti a possedere azioni della loro società (note come “azioni di garanzia”), a meno che lo statuto imponga loro di farlo. Il consiglio di amministrazione è composto in modo da raggiungere una rappresentanza equilibrata di donne e uomini. La legge 2011-103 del 27 gennaio 2011 ha previsto norme sulla rappresentanza equilibrata di donne e uomini nei consigli di amministrazione. Ha imposto la diversità di genere nelle società le cui azioni sono ammesse alla negoziazione su un mercato regolamentato (società quotate in

borsa) e, progressivamente, nelle società che soddisfano determinati criteri di fatturato e di numero di dipendenti. Nelle società quotate, la proporzione di amministratori di ogni sesso deve essere almeno del 40% (art. L. 225-18-1, comma 1 ed art. L. 22-10-3, comma 1, derivanti dall'ordinanza 2020-1142 del 16-09-2020).

Gli amministratori sono nominati dall'assemblea generale costituente o dall'assemblea generale ordinaria. La durata del loro mandato è determinata dallo statuto nel limite massimo di sei anni. Lo statuto deve prevedere anche un limite di età per l'esercizio delle funzioni degli amministratori, che si applica a tutti gli amministratori o ad una percentuale specifica di essi. Una persona giuridica può ricoprire la carica di amministratore se nomina un rappresentante permanente. Lo statuto può imporre che ogni amministratore possieda un numero di azioni della società.

- **Il presidente del consiglio di amministrazione**

Il consiglio di amministrazione elegge tra i suoi membri un presidente persona fisica, a pena di nullità. Il presidente è nominato per un periodo che non può superare la durata del proprio mandato di amministratore. Alla stregua degli amministratori, lo statuto deve prevedere un limite di età per la carica di presidente del consiglio di amministrazione che, in assenza di una disposizione esplicita, è fissato a 65 anni.

Il presidente del consiglio d'amministrazione organizza e dirige i lavori del consiglio e riferisce all'assemblea generale (art. L. 225-51 del Codice di commercio). Come tale, non assume la direzione generale della società, in quanto questo compito spetta al *directeur général*.

- **Il direttore generale**

La direzione generale della società è svolta, sotto la responsabilità del presidente del consiglio di amministrazione, da una persona fisica nominata dal consiglio di amministrazione e che porta il nome di *directeur général*. Alle condizioni definite dallo statuto e su decisione del consiglio di amministrazione, il presidente può aggiungere alle sue funzioni quelle di *directeur général*.

Qualora la direzione della società fosse affidata al *directeur général*, egli può proporre al consiglio di amministrazione la nomina di una o più persone fisiche per assisterlo, i cosiddetti *directeurs généraux délégués*. Lo statuto determina il numero massimo di *directeurs généraux délégués*, che non può essere superiore a cinque.

b. SA amministrata da *directoire* e consiglio di sorveglianza.

La gestione di una SA da parte di un *directoire* e di un consiglio di sorveglianza si basa sulla distinzione tra le funzioni di direzione e il controllo di tale direzione. La gestione della società è nettamente separata, mentre nella formula tradizionale è assunta dal *directeur général* per quanto riguarda la gestione quotidiana e dal consiglio di amministrazione, che è responsabile del buon funzionamento della società, degli orientamenti strategici, delle attività sociali e del controllo degli organi di gestione.

- **Il *directoire***

In questo modello la società è amministrata dal *directoire* composto da non più di cinque membri, che esercita le sue funzioni sotto il controllo di un consiglio di sorveglianza. I membri del *directoire* sono nominati dal consiglio di sorveglianza, che designa uno di loro come presidente.

La durata del mandato del *directoire* può essere fissata dallo statuto in un intervallo da due a sei anni. In assenza di specifica previsione nello statuto, tale durata è di quattro anni (art. L. 225-62 del Codice di commercio).

Il *directoire* prende le sue decisioni in considerazione delle condizioni previste dallo statuto (art. L. 225-64, comma 4 del Codice di commercio). È quindi necessario specificare nello statuto la frequenza delle riunioni, le condizioni di convocazione delle riunioni, il *quorum*, la maggioranza, ed eventualmente la rappresentanza, per quanto riguarda queste delibere, ecc.

La rappresentanza della società nei confronti dei terzi è assicurata dal presidente del *directoire* o dal *directeur général unique* (art. L. 225-66, comma 1 del Codice di commercio). Il presidente è nominato dal consiglio di sorveglianza (art. L. 225-59, comma 1 del Codice di commercio) e non dagli altri membri del *directoire*.

La nomina del presidente del *directoire* è obbligatoria.

- **Il consiglio di sorveglianza**

Il ruolo del consiglio di sorveglianza è quello di controllare gli organi di gestione della società. Lo *status* del consiglio di sorveglianza è mutuato in gran parte da quello del consiglio di amministrazione, nonostante la differenza nelle funzioni affidate a questi due organi: l'unico compito del consiglio di sorveglianza è quello di controllare gli organi di direzione della società, mentre il consiglio di amministrazione può interferire nella gestione fatta dai dirigenti della società. Diverse regole relative al consiglio di sorveglianza costituiscono quindi una semplice riproduzione di quelle applicabili al consiglio di amministrazione. Il consiglio di sorveglianza è composto da 3 a 18 membri (persone fisiche o giuridiche) eletti dall'assemblea generale ordinaria degli azionisti.

La durata del mandato dei membri del consiglio di sorveglianza è fissata nello statuto. Tuttavia, non può superare i sei anni (art. L. 225-75, comma 1 del Codice di commercio).

1.2. La SAS.

A differenza della SA, la gestione della SAS è relativamente flessibile e si basa in gran parte sulla libertà contrattuale. Sono, infatti, i soci che determinano liberamente le regole di gestione della società nello statuto. È quindi possibile creare una SAS anche con un solo socio. In questo caso si parla di *société par actions simplifiée unipersonnelle* (SASU).

Diversi attori sono coinvolti nella gestione di una SAS. Alcuni devono necessariamente essere presenti nell'amministrazione della società, mentre altri hanno un ruolo facoltativo. Inoltre, mentre alcuni attori hanno una funzione di gestione, altri hanno una funzione di controllo o di sorveglianza.

Il **presidente** della SAS è un attore importante in quanto rappresenta l'organo di gestione della società. La sua nomina è obbligatoria ed i suoi poteri sono regolati dallo statuto. Il presidente ha due funzioni principali nella direzione della SAS: è responsabile della gestione e dell'organizzazione della società ovvero prende tutte le decisioni strategiche relative alla vita della stessa; ha un potere di rappresentanza. Egli è, infatti, il rappresentante legale della SAS nei confronti di terzi e conclude contratti in nome e per conto della società.

Alla stregua di tutte le altre forme di società, i soci hanno un potere di controllo. Sono loro che decidono di nominare o revocare il presidente, determinano la sua remunerazione, redigono e modificano lo statuto. Hanno anche un diritto di supervisione sulla gestione della SAS, che esercitano attraverso un diritto all'informazione.

Lo statuto può prevedere un unico direttore generale con poteri di gestione o un organo collegiale (spesso chiamato "**comitato di direzione**" o "**consiglio di amministrazione**").

La composizione ed il funzionamento del consiglio di amministrazione (o comitato di direzione) devono essere determinati con precisione dallo statuto: numero di dirigenti, eventuale distribuzione delle cariche direttive tra i diversi gruppi di azionisti, se presenti, poteri, distribuzione dei compiti tra i dirigenti, istituzione di comitati speciali per compiti specifici, ecc.

Oltre al presidente e agli azionisti, altri organi possono contribuire alla gestione della SAS in particolare il *commissaire aux comptes* o il consiglio di sorveglianza. La loro nomina è facoltativa e ricoprono un ruolo di sorveglianza. Al di sotto di determinate soglie di fatturato, la nomina di un *commissaire aux comptes* non è richiesta. Tuttavia, il *commissaire aux comptes* può essere un attore essenziale, soprattutto dal punto di vista contabile. Infatti, il suo ruolo è principalmente quello di garantire la regolarità e la veridicità dei conti della SAS. Peraltro, gli azionisti possono decidere di nominare un consiglio di sorveglianza. Tale organo ha il compito di garantire la corretta gestione del SAS. Controlla le azioni degli organi di gestione e consiglia i soci sul funzionamento della società.

1.3. La SARL.

La SARL è gestita da una o più persone fisiche chiamati *gérants*. I *gérants* possono essere scelti al di fuori dei soci. Sono nominati dai soci nello statuto o con un atto successivo.

Il numero di *gérants* è liberamente determinato nello statuto (art. L. 223-18, commi 1 e 2 del Codice di commercio). In presenza di diversi *gérants*, è possibile creare un cosiddetto *conseil de gérance*. La creazione di tale consiglio si incontra quando la SARL è utilizzata come organo di gestione di un'altra forma di società, per esempio una SAS. Le modalità di funzionamento di questo organo, per il quale non esistono disposizioni legali o regolamentari, sono liberamente determinate nello statuto: assegnazione dei compiti, maggioranza richiesta per le decisioni da prendere, ecc. Se non specificato nello statuto, ciascuno dei *gérants* può agire separatamente.

In assenza di disposizioni nello statuto, sono nominati per la durata della società. Nei rapporti con i terzi, invece, il *gérant* è investito dei più ampi poteri per agire in ogni circostanza in nome della società, salvi i poteri espressamente conferiti dalla legge ai soci. Di regola, la società è vincolata anche da atti del *gérant* che non rientrano nell'oggetto sociale a meno di poter provare la conoscenza del terzo con riferimento alla natura dell'atto o la circostanza che non poteva ignorala.

2. *Obblighi e principi di amministrazione.*

Nella SA, il consiglio di amministrazione o il *directoire*, a seconda del modello, determina gli orientamenti dell'attività dell'azienda e assicura la loro attuazione, in conformità con il suo interesse aziendale, prendendo in considerazione le sfide sociali e ambientali della sua attività.

Prende anche in considerazione, se del caso, la ragion d'essere della società ossia i principi che la società adotta e per il rispetto dei quali intende allocare le risorse nello svolgimento della sua attività.

Fatti salvi i poteri espressamente attribuiti all'assemblea degli azionisti e nei limiti dell'oggetto sociale, tratta qualsiasi questione relativa al buon funzionamento della società e risolve le questioni che la riguardano attraverso le sue delibere.

Il *directeur général* se nominato è investito dei più ampi poteri per agire in ogni circostanza a nome della società. Eserciterà questi poteri nei limiti dell'oggetto sociale e fatti salvi i poteri che la legge assegna espressamente alle assemblee degli azionisti e al consiglio di

amministrazione. Nei rapporti con i terzi, la società è vincolata anche dagli atti del consiglio di amministrazione, del *directeur général* se nominato o del *directoire* che non rientrano nell'oggetto sociale, a meno che provi che il terzo sapeva che l'atto eccedeva tale oggetto o non poteva ignorarlo. I *directeurs généraux délégués*, se nominati, hanno gli stessi poteri del *directeur général* nei confronti dei terzi. Il consiglio di amministrazione effettua i controlli e le verifiche che ritiene opportuni. Il presidente o il *directeur général* della società sono tenuti a fornire a ciascun amministratore tutti i documenti e le informazioni necessarie per l'esercizio delle sue funzioni. La SA con *directoire* e un consiglio di sorveglianza permette una chiara separazione tra la gestione e il controllo della società, mentre la SA con un consiglio di amministrazione lo fa solo in parte, poiché il consiglio di amministrazione partecipa alle decisioni di gestione.

Con riferimento alla SAS, ad eccezione di alcune regole obbligatorie, la gestione della SAS è liberamente definita dalla volontà comune dei soci nello statuto. La redazione di quest'ultimo è fondamentale poiché determina l'organizzazione della società. Di conseguenza, tutte le situazioni della vita della società devono essere previste e inquadrate. Queste includono le modalità delle decisioni collettive, la composizione degli organi dirigenti, i termini di nomina e di revoca del presidente, la distribuzione dei poteri. Lo statuto può anche includere alcune clausole destinate ad affrontare situazioni specifiche e ad organizzare le relazioni tra gli azionisti come ad esempio:

- la clausola di gradimento, che stabilisce le condizioni alle quali un azionista può cedere le sue azioni;

- la clausola d'inalienabilità, che impedisce agli azionisti di trasferire la proprietà delle loro azioni per un certo periodo di tempo;
- la clausola di prelazione, che conferisce agli azionisti della SAS un diritto di priorità in caso di trasferimento di azioni;
- la clausola d'esclusione, che definisce le condizioni in cui un azionista può essere escluso dalla SAS.

Per quanto concerne la **SARL**, la legge fornisce un quadro rigoroso per il suo funzionamento e prevede quindi determinate regole di gestione. Poiché queste regole devono essere incluse nello statuto della SARL, il rischio di disaccordo tra i soci e/o il dirigente è minimo. Questo *status* ha il vantaggio di un quadro giuridico chiaro e sicuro, che garantisce una certa stabilità nella gestione della società.

3. *Violazioni, azioni e danni.*

Gli amministratori della SA, della SAS o della SARL sono responsabili individualmente o in solido, a seconda dei casi, nei confronti della società o di terzi per **violazioni delle leggi o dei regolamenti applicabili**, per **violazioni dello statuto**, e per **errori commessi nella loro gestione**. Oltre all'azione di risarcimento del danno subito personalmente, gli azionisti possono, individualmente o raggruppandosi, proporre un'azione di risarcimento contro gli amministratori. Gli attori hanno il diritto di chiedere il risarcimento dell'intero danno subito dalla società, alla quale, se del caso, sarà concesso un risarcimento.

3.1. La responsabilità degli amministratori della SA.

a. La responsabilità civile

- **Violazioni di disposizioni legali o regolamentari**

Ogni volta che una disposizione legislativa o regolamentare applicabile alle SA non viene rispettata, gli amministratori possono essere ritenuti responsabili. Gli amministratori sono responsabili, in particolare:

- in caso di mancato rispetto delle norme relative al funzionamento del consiglio di amministrazione: mancata convocazione delle riunioni, inosservanza dei testi relativi al *quorum* o alla maggioranza, mancato rispetto della procedura applicabile agli accordi tra la società e i suoi amministratori, compimento di un atto che eccede i poteri del consiglio (per esempio, un atto non rientrante nell'oggetto sociale), ecc.;
- in caso di mancato rispetto delle norme relative allo svolgimento delle assemblee: mancata convocazione dell'assemblea annuale, violazione del diritto di comunicazione degli azionisti, inesattezze o irregolarità nella compilazione del foglio di presenza, inosservanza delle norme relative alla competenza, al *quorum* e alla maggioranza, mancato rispetto delle formalità di pubblicità, ecc.;
- in caso di irregolarità nella contabilità aziendale, nella distribuzione dei dividendi, ecc.;
- in caso di inosservanza delle norme specifiche relative alla modifica dello statuto.

- **Violazioni dello statuto**

Gli amministratori possono essere ritenuti responsabili se non rispettano le disposizioni dello statuto, come ad esempio in caso di inosservanza delle norme statutarie riguardanti in particolare:

- la limitazione dei poteri del consiglio;
- il controllo dei trasferimenti di azioni;
- l'uso dei fondi sociali per scopi determinati dallo statuto.

- **Errore di gestione**

Gli amministratori sono responsabili di tutte le azioni contrarie agli interessi della società. Sono quindi responsabili di tutti gli errori, anche di quelli involontari (imprudenza o negligenza), siano essi lievi o gravi. Gli errori di gestione possono assumere diverse forme: negligenza o mancata supervisione, mancata consultazione dei soci, remunerazione abusiva, ecc. La responsabilità civile degli amministratori per errore di gestione deve essere valutata alla luce dei compiti assegnati al consiglio di amministrazione. Nella pratica, un errore spesso attribuito agli amministratori è l'incapacità di controllare i dirigenti della società.

A questo proposito, bisogna ricordare che l'amministratore, dopo aver accettato le sue funzioni, è obbligato ad un controllo serio dell'amministrazione della società e non può pretendere di essere esente da responsabilità invocando la sua scarsa partecipazione al capitale della società o di essere stato soltanto un amministratore di comodo. L'inerzia dell'amministratore, lungi dal costituire una causa di esonero, è considerata come un errore dai giudici (Cass. com. 31 gennaio 1995 n. 92-21.548; Cass. com. 25 marzo 1997 n. 95-10.995).

L'errore di gestione può essere costituito da una semplice negligenza, imprudenza o anche da manovre fraudolente. Rientra nel potere discrezionale del giudice valutare se l'azione è contraria agli interessi della società. Secondo la giurisprudenza, l'amministratore risponde, in linea di principio, solo degli errori commessi durante l'esercizio delle sue funzioni e non può quindi rispondere di fatti precedenti o successivi all'esercizio (Cass. com., 23 marzo 1982). Nei limiti della prescrizione, il dirigente può essere dichiarato responsabile degli errori commessi durante la sua gestione, anche se ha già cessato di esercitare le sue funzioni (Cass. com., 11 ottobre 1988).

La responsabilità è "solidale" quando l'errore è comune o collettivo, ossia quando è opera dell'intero consiglio di amministrazione e non di un singolo amministratore (*ad esempio, nella sentenza della Corte d'Appello di Limoges del 17 gennaio 2017, n. 11/01356, la Corte ha considerato che, in presenza di comunicazioni fuorvianti del président directeur général, gli amministratori incorrono in responsabilità nei confronti degli azionisti in quanto non hanno manifestato la volontà di ripristinare la verità con riferimento alla realtà finanziaria ed economica della società che gestiscono. Pertanto, la Corte d'Appello ha ritenuto in questo caso una ripartizione di responsabilità in considerazione della diversa gravità delle colpe*).

Si presume quindi che ogni amministratore abbia commesso un errore individuale (*nella sentenza Cass. com. 30 marzo 2010 n. 08-17.841, la Suprema Corte ha affermato che gli amministratori che partecipano all'adozione di una decisione errata da parte del consiglio di amministrazione, a meno di poter dimostrare di essersi comportato*

in modo prudente e diligente, in particolare opponendosi a questa decisione, commettono un errore individuale).

Tuttavia, ogni amministratore può evitare di incorrere in responsabilità dimostrando di aver agito con prudenza e diligenza, in particolare opponendosi alla decisione presa dal consiglio (*Cass. com.*, 30 marzo 2010, n. 08-17.841, citata).

Affinché un amministratore possa essere personalmente responsabile nei confronti dei terzi, deve necessariamente aver commesso un **errore separabile** dalle sue funzioni che gli sia personalmente imputabile (*Cass. com.*, 28 aprile 1998). Con riferimento alla nozione di “errore separabile”, la giurisprudenza, per caratterizzare l’errore dell’amministratore, ha considerato che quest’ultimo deve aver commesso intenzionalmente un errore particolarmente grave e incompatibile con il normale esercizio delle sue funzioni (*Cass. com.*, 20 maggio 2003). Invece, quando l’amministratore commette un reato penale intenzionale, tale “errore separabile” è necessariamente caratterizzato (*Cass. com.*, 28 settembre 2010). L’errore cosiddetto separabile può comunque essere commesso anche se l’amministratore agisce nei limiti delle sue funzioni (Nella sentenza *Cass. com.*, 10 febbraio 2009 n. 07-20.445, la Corte di cassazione ha considerato che, per valutare la responsabilità degli amministratori nell’organizzare l’insolvenza della società che gestiscono, occorre esaminare se le decisioni contestate e prese dagli stessi, anche nel limite delle proprie funzioni, costituiscono errori intenzionali particolarmente gravi ed incompatibili con l’esercizio normale delle proprie cariche sociali).

Sono previsti due tipi di azione contro gli amministratori: l'azione sociale e l'azione individuale.

Lo scopo dell'azione sociale è quello di riparare il danno subito dalla società. I rappresentanti legali della società, o gli amministratori possono esercitare questa azione per ottenere la ricostituzione o il mantenimento del patrimonio sociale. Tuttavia, in caso di inadempimenti degli amministratori, i soci o gli azionisti possono essi stessi esercitare l'azione sociale per ottenere il risarcimento del danno subito dalla società. L'azione in responsabilità promossa dalla società non può, infatti, privare l'azionista del proprio diritto ad un'azione individuale (*Cass. crim.*, 12 dicembre 2000, n. 97-83.470).

L'azione individuale può essere esercitata da qualsiasi persona che possa provare una perdita individuale distinta da quella subita dalla società. Quando è promossa da un terzo, quest'ultimo deve dimostrare che l'amministratore ha commesso intenzionalmente un errore particolarmente grave e incompatibile con il normale esercizio delle sue funzioni. Tuttavia, quando l'azione individuale è proposta da un socio o azionista, la prova di tale errore non è richiesta (*Cass. com.*, 9 marzo 2010).

L'azione in responsabilità contro gli amministratori rientra nella competenza del Tribunale di commercio, anche quando l'azione è proposta da un terzo, purché i fatti siano direttamente collegati alla gestione della società (*Cass. com.*, 7 aprile 1967). L'azione in responsabilità civile contro gli amministratori delle SARL e delle società per azioni si prescrive in tre anni a partire dall'evento dannoso o dalla sua scoperta, se è stato occultato. Quando l'atto costituisce un reato, l'azione si prescrive in dieci anni.

I membri del *directoire* sono soggetti alla stessa responsabilità civile degli amministratori (art. L. 225-256, comma 1 del Codice di commercio modificato dall'ordinanza 2020-1142 del 16-09-2020).

b. La responsabilità penale

L'amministratore può incorrere in responsabilità penale quando la sua azione caratterizza un reato, ovvero sono presenti un comportamento illecito e l'intenzione di compiere l'atto proibito.

L'articolo L. 242-6 del Codice di commercio francese sanziona gli errori più gravi dei dirigenti con cinque anni di reclusione ed una multa pari ad euro 375 000. I reati a cui si fa riferimento sono l'abuso di beni aziendali, l'abuso di poteri o voti, la distribuzione di dividendi fittizi e la presentazione di una contabilità aziendale irregolare (1).

(1) Uso di beni in contrasto con l'interesse sociale: qualsiasi atto che impoverisca, anche temporaneamente, il patrimonio della società, per esempio mediante un prelievo fondi senza corrispettivo per la società o in cambio di servizi fittizi, è contrario all'interesse della società. La legge vieta non solo l'appropriazione dei beni aziendali da parte degli amministratori, ma anche il loro uso improprio, senza che la restituzione dei beni sottratti o qualsiasi risarcimento economico possano cancellare il reato (Cass. crim. 11 gennaio 1968; Cass. crim. 21 agosto 1991).

Uso di beni per scopo personale: l'obiettivo personale perseguito può essere sia materiale (arricchimento dell'amministratore; mantenimento della sua situazione personale all'interno della società: Cass. crim. 22 settembre 2004) che morale. Può derivare, ad esempio, dal desiderio di aiutare un amico o di mantenere buoni rapporti con un terzo, in particolare vicino agli ambienti politici (Cass. pen. 15 settembre 1999; Cass. pen. 17 ottobre 2007 n° 07-81.038; Cass. pen. 14 novembre 2007).

Abuso di potere: commettono un abuso di poteri o di voti gli amministratori che, in malafede, hanno utilizzato i poteri o i voti di cui disponevano, in tale qualità, in un modo che sapevano essere contrario agli interessi della società, per fini personali o per favorire un'altra società o un'impresa in cui erano direttamente o indirettamente interessati.

Le persone giuridiche possono essere penalmente responsabili per i reati commessi per loro conto, dai loro organi o rappresentanti cosicché quando il direttore agisce nell'esercizio della sua missione, la responsabilità penale della società che rappresenta può essere impegnata. Nell'ordinamento francese, la responsabilità penale della persona giuridica non esclude quella delle persone fisiche che sono autori o complici degli stessi atti. È quindi possibile cumulare la responsabilità penale della società quale persona giuridica con quella del suo dirigente, persona fisica.

Pertanto, è necessario individuare se il dirigente agisce per conto proprio o per conto della società. In presenza di un atto commesso per conto proprio la responsabilità penale della società è esclusa. Il dirigente è penalmente responsabile quando commette un errore personale nell'esercizio delle sue funzioni ed è l'autore del fatto.

Tuttavia, il dirigente può essere esonerato dalla propria responsabilità penale, in presenza di una delega di potere, una causa di forza maggiore, un'autorizzazione di legge o un errore di diritto.

Per costituire una causa di esenzione del dirigente, la delega di potere deve essere temporanea e sufficientemente specifica nel suo oggetto. Inoltre, il delegato deve avere la competenza, l'autorità e i mezzi necessari per compiere la sua missione. In presenza di tali requisiti, la responsabilità penale sarà trasferita dal dirigente al delegato.

Peraltro, quando le condizioni di forza maggiore sono soddisfatte, ovvero il verificarsi di un evento imprevedibile, irresistibile ed esterno, il dirigente può essere esentato dalla propria responsabilità penale.

Infine, se il dirigente compie un atto autorizzato dalla legge o dal regolamento, non può essere ritenuto penalmente responsabile.

La responsabilità penale dei membri del *directoire* non è stata specificata nella legge per ogni reato. Risulta da tre testi, gli articoli L. 242-30, L. 245-17 e L. 247-9 del Codice di commercio, che dichiarano “*applicabili, secondo le loro rispettive attribuzioni, ai membri del directoire e ai membri del consiglio di sorveglianza*” le sanzioni per i diversi reati che possono essere commessi dal presidente, dagli amministratori o dai *directeurs généraux* nelle SA tradizionale.

3.2. La responsabilità degli amministratori della SAS.

a. La responsabilità civile

Le regole che disciplinano la responsabilità dei membri del consiglio d'amministrazione e del *directoire* nelle SA sono applicabili al presidente e, se esistono, agli altri dirigenti della SAS (art. L. 227-8 del Codice di commercio). Questi ultimi sono quindi responsabili:

- per violazioni di disposizioni legislative o regolamentari;
- per violazioni dello statuto;
- per errori commessi nella loro gestione.

Il regime dell'azione in responsabilità è lo stesso di quello applicabile agli amministratori della SA, che si tratti dell'azione sociale o dell'azione individuale di un azionista. Di conseguenza, nessuna clausola dello statuto e nessuna decisione degli azionisti può impedire questa azione che, inoltre, si prescrive in tre anni.

b. La responsabilità penale

L'omissione da parte dei dirigenti di una SAS di consultare i soci secondo le condizioni previste dallo statuto in caso di aumento, di ammortamento o di riduzione del capitale, di fusione, di scissione, di scioglimento o di trasformazione in una società di forma diversa è sanzionata con sei mesi di reclusione e con una multa di euro 7.500 euro (art. L. 244-2 del Codice di commercio). Inoltre, le sanzioni penali previste per gli amministratori della SA sono applicabili ai dirigenti della SAS, ad eccezione di quelle relative al funzionamento del consiglio di amministrazione e alla tenuta dell'assemblea degli azionisti (art. L. 244-1 del Codice di commercio). Sono così coperti:

- i reati relativi alla costituzione della società (art. L. 242-1 e seguenti del Codice di commercio);
- l'abuso di beni aziendali (art. L. 242-6, 3° ed ultimo comma del Codice di commercio);
- l'abuso di poteri o di voti (art. L. 242-6, 4° del Codice di commercio);
- la distribuzione di dividendi fittizi (art. L. 242-6, 1° del Codice di commercio);
- la mancata redazione dei conti societari (art. L. 242-8 del Codice di commercio);
- la presentazione di conti non veritieri (art. L. 242-6, 2° del Codice di commercio);
- i reati relativi alle modifiche del capitale sociale (art. L. 242-1 e seguenti del Codice di commercio).

I dirigenti possono essere condannati per la violazione delle disposizioni relative alla nomina e all'esercizio delle funzioni dei *commissaires aux comptes* quando la società ne dispone o è tenuta a nominarli (art. L. 820-4 del Codice di commercio). Le persone punibili sono il presidente e, se ci sono, gli altri dirigenti, compresi quelli di fatto (art. L. 244-1, comma 2 e L. 244-4 del Codice di commercio). Quando una persona giuridica è nominata presidente o dirigente della SAS, i dirigenti di tale persona incorrono nelle stesse sanzioni (art. L. 227-7 del Codice di commercio).

3.3. La responsabilità dei *gérants* della SARL.

a. La responsabilità civile

I *gérants* sono responsabili individualmente o in solido, a seconda dei casi, nei confronti della società o di terzi (art. L. 223-22, comma 1 del Codice di commercio):

- violazioni delle disposizioni legislative o regolamentari applicabili alle SARL;
- violazioni dello statuto;
- errori commessi nella loro gestione.

Nei confronti dei terzi, i dirigenti incorrono in responsabilità solo se hanno commesso un errore separabile dalle loro funzioni che sia loro personalmente imputabile.

• **Violazioni di disposizioni legali o regolamentari applicabili alle SARL**

I *gérants* sono responsabili del mancato rispetto delle disposizioni legali applicabili alle SARL. A titolo esemplificativo, tali violazioni includono:

- il mancato rispetto delle formalità richieste per la costituzione della società o la modifica del suo statuto;
- la concessione di un prestito ad un socio persona fisica o ad un *gérant*;
- il rifiuto di fornire ad un socio documenti relativi alla società;
- il mancato pagamento dei dividendi entro un periodo di nove mesi (salvo estensione del termine in applicazione di una sentenza);
- l'inosservanza dei requisiti relativi alla presentazione dei conti della società;
- la distribuzione di dividendi fittizi;
- l'assenza di iniziativa da parte del *gérant* per regolarizzare alcune situazioni: numero di soci superiore a 100, perdita della metà del capitale, ecc.

I *gérants* possono incorrere in responsabilità anche in caso di inosservanza delle disposizioni regolamentari alle quali le SARL sono soggette (in particolare gli articoli R. 223-1 e seguenti del Codice del commercio), ad esempio per le irregolarità commesse nella convocazione, nello svolgimento e nella registrazione delle decisioni durante le assemblee.

- **Violazioni dello statuto**

I *gérants* possono essere ritenuti responsabili per il mancato rispetto delle disposizioni dello statuto che non si limitano ad una disposizione legale o regolamentare. Si tratta dell'ipotesi in cui, ad esempio, in violazione di una clausola dello statuto che prevede l'autorizzazione preventiva dell'insieme dei soci per la conclusione di un determinato accordo, il *gérant* conclude l'accordo senza consultare i soci. Oppure del caso di un *gérant* che, senza l'autorizzazione dei soci, ha promesso di acquistare un terreno in vista della costruzione di una fabbrica, mentre lo statuto prevedeva che nei rapporti tra o con i soci i poteri dei *gérants* fossero limitati agli affari correnti della società che non hanno carattere eccezionale (*CA Paris, 4 febbraio 2000*).

- **Errori di gestione**

La gamma degli errori di gestione che possono essere imputati ai *gérants* è molto ampia e si estende dalla semplice negligenza o imprudenza a chiare manovre fraudolente. In tali ipotesi, il giudice apprezza discrezionalmente ogni singolo caso.

b. La responsabilità penale

Oltre alle sanzioni penali applicabili ai reati che i *gérants* possono commettere in altre circostanze della vita societaria (costituzione, approvazione dei conti, ecc.), questi ultimi incorrono in una particolare responsabilità penale per la loro gestione.

Ai sensi dell'articolo L. 241-3 del Codice di commercio, sono punibili con cinque anni di reclusione ed una multa di euro 375.000:

- i *gérants* che, in assenza di un inventario o con un inventario fraudolento, distribuiscono dividendi fittizi tra i soci;
- i *gérants* che, anche in assenza di distribuzione di dividendi, presentano ai soci, al fine di occultare la vera situazione della società, conti annuali che non danno, per ogni esercizio, un quadro fedele dei risultati delle operazioni dell'esercizio, della situazione finanziaria e del patrimonio della società;
- i *gérants* che, in malafede, utilizzano i beni o il credito della società in modo che fanno essere contrario agli interessi della società, per scopi personali o per favorire un'altra società in cui sono direttamente o indirettamente interessati (abuso di beni aziendali);
- i *gérants* che, in malafede, fanno uso dei poteri o dei voti di cui dispongono in tale qualità, che fanno essere contrari agli interessi della società, per fini personali o per favorire un'altra impresa nella quale sono direttamente o indirettamente interessati.

Se l'abuso dei beni sociali è stato effettuato o facilitato per mezzo di conti aperti o di contratti stipulati con organismi stabiliti all'estero, o per l'interposizione di persone fisiche o giuridiche o di qualsiasi organismo, trust o istituzione analoga stabiliti all'estero, il *gérant* sarà sanzionato con sette anni di reclusione ed una multa di euro 500.000 (art. L. 241-3, comma 8 del Codice di commercio).

4. *Business judgment rule.*

La *Business Judgment Rule*, come principio che presume che i dirigenti delle società, nelle decisioni di gestione, agiscano con diligenza, buona fede e lealtà, non è espressamente prevista dal diritto francese. Tuttavia, i giudici concedono regolarmente un “diritto all’errore” ai dirigenti.

Nel 1998, la Corte d’appello di Versailles ha stabilito che “*poiché le giurisdizioni non sono giudici dell’opportunità delle decisioni di gestione, gli eventuali errori perpetrati a questo riguardo (...) devono essere valutati in funzione della regolarità del processo che ha portato all’adozione di queste decisioni (...)*” (CA Versailles, 11 giugno 1998, n. 346/96). In altre parole, la Corte afferma che non spetta al giudice sostituire la sua valutazione a quella degli amministratori. Il giudice non valuta quindi l’opportunità di una decisione di gestione, ma soltanto il suo processo di adozione.

Inoltre, la Corte di Cassazione ha ritenuto che “*la scelta di mantenere attività diversificate non può essere considerata come un errore di gestione, purché si tratti di una scelta strategica la cui attuazione non ha dimostrato di essere manifestamente (...) contraria agli interessi della società*” (Cass. com., 21 settembre 2004, n. 02-17559). La giurisprudenza francese riconosce quindi un diritto all’errore a beneficio dei dirigenti.

Infine, nel 2014, il Consiglio costituzionale ha invalidato le disposizioni della legge “Florange” che permettono al giudice di valutare la serietà o meno di un’offerta di acquisizione e di sanzionare il dirigente che ha rifiutato tale offerta (Decisione n. 2014-692 DC del 27 marzo 2014). Il Consiglio ritiene che una tale sostituzione della valutazione del giudice a quella dell’amministratore colpisca in modo sproporzionato la libertà imprenditoriale di quest’ultimo e conferma così la tendenza dei giudici francesi a **rifiutare di interferire nella gestione della società**.

Modificando l’articolo L. 233-32 del Codice di commercio, la legge “Florange” del 29 marzo 2014 ha ampliato i poteri dei dirigenti delle società, consentendo loro di opporsi ad un’offerta pubblica di acquisto ostile senza la previa approvazione dell’assemblea generale degli azionisti, cosa che era precedentemente vietata.

Inoltre, la Commissione europea ha raccomandato nel 2014 di dare “una seconda possibilità (...) agli imprenditori onesti che sono falliti”. Di conseguenza, l’articolo L. 651-2 al.1 del Codice di commercio che prevede la responsabilità dell’amministratore per gli errori di gestione che hanno contribuito all’insufficienza patrimoniale, è stato modificato dalla legge “Sapin II” del 9 dicembre 2016. Quest’ultimo ha aggiunto una disposizione secondo la quale l’amministratore non può essere condannato per semplice negligenza. Questa riforma persegue lo stesso obiettivo della *Business Judgment Rule* americana ovvero quello concedere più libertà ai dirigenti nel prendere decisioni rischiose. Inoltre, la nuova disposizione si applica immediatamente ai procedimenti in corso (Cass. com., 5 settembre 2018, n° 17-15.031), il che dà alla regola un carattere retroattivo.

Come evidenziato precedentemente, il diritto francese prevede tre categorie principali di errori per le quali il dirigente può essere responsabile: violazione di leggi e regolamenti, violazione dello statuto ed errore di gestione. L'errore di gestione consiste in un atto contrario all'interesse della società che genera un danno. La gravità dell'errore varia a seconda che sia commesso intenzionalmente o per imprudenza. Il giudice francese distingue quindi tra errore inescusabile ossia un errore di gestione (Cass. com., 6 ottobre 1992, n° 90-19.823) ed errore scusabile che si verifica in presenza di una negligenza (Cass. com., 12 mai 1975, n° 74-10.169). I tribunali francesi non sanzionano ogni decisione, considerando che anche un amministratore perfettamente diligente può commettere un errore.

Nel diritto francese, la nozione di “interesse sociale” è utilizzata come riferimento per determinare se l'amministrazione ha commesso un errore di gestione. Secondo l'articolo 1833 comma 2 del Codice civile come modificato dalla legge “Pacte” del 22 maggio 2019, “*la società è gestita nel suo interesse sociale (...)*”. La responsabilità di un dirigente che ha preso una decisione contraria all'interesse della società può essere attuata ed è per questa ragione che la giurisprudenza francese sanziona i dirigenti che agiscono nel loro interesse personale e a scapito dell'interesse della società (Cass. com., 8 giugno 1999, n. 96-22.342).

La legge francese prende anche in considerazione le informazioni che sono servite come base per la decisione. In questo senso, la Corte di Cassazione afferma che fare investimenti rovinosi non costituisce un errore di gestione se la decisione si è basata su un serio studio previsionale realizzato da una società di consulenza specializzata (Cass. com., 29 ottobre 2002, n. 99-13.882).

La legge francese non contiene alcuna disposizione equivalente alla *Business Judgment Rule*. Pertanto, il giudice francese non è vincolato da questa regola, che gli ha permesso, in alcune decisioni, di sanzionare per errore di gestione i dirigenti che hanno comunque dimostrato diligenza nell'amministrazione della società (nella sentenza Cass. com., 20 gennaio 2015, n. 13-27.189, la Corte di cassazione ha considerato che l'inadempimento di un contratto concluso dal *gérant* della SARL nell'interesse della stessa è sufficiente a costituire l'errore di gestione del *gérant* anche se non è stata dimostrata più generalmente la sua cattiva gestione della società).

5. Conclusioni con alcune indicazioni di attenzione.

L'attenzione e la precisione nella redazione dello statuto della Società è importante per poter evitare situazioni conflittuali, definire il ruolo ed i limiti dei dirigenti, e determinare le regole di assunzione delle decisioni da parte dell'Assemblea.

Si suggerisce di evitare di designare direttamente i nomi dei dirigenti della società nello Statuto ed indicarli in un atto separato (ad esempio prevedendo che la nomina sia approvata da una decisione dei soci). Nominando direttamente i dirigenti nello Statuto, infatti, la società si obbliga a modificare lo Statuto ogniqualvolta si determini un cambiamento e ciò risulta particolarmente vincolante sotto il profilo procedurale.

Lo stesso è a dirsi per la loro retribuzione e la durata del mandato. Si consiglia, inoltre, di tenere in conto, nella redazione dello statuto, del funzionamento concreto della società ed in particolare di:

- definire la maggioranza ed il *quorum* richiesti per le deliberazioni dell'assemblea;
- precisare le competenze dell'assemblea ordinaria e quelle dell'assemblea straordinaria;
- prevedere eventualmente casi di deliberazione ad unanimità e precisare le modalità di formazione della stessa (unanimità dei presenti o di tutti i soci rappresentanti l'integralità del capitale sociale);
- stabilire regole precise in materia di modalità della convocazione, tramite posta o email;
- prevedere, se opportuno, la possibilità di firmare i verbali di assemblea tramite firma digitale e lo svolgimento di riunioni in videoconferenza.