

Diritto dell'economia

Governance. Da Intesa-San Paolo Imi alle super-popolari si diffonde il ricorso al sistema dualistico

Spa, la cabina di regia si sdoppia

Conquista spazi il modello di amministrazione introdotto nel 2003

Marco Bellinazzo
Angelo Busani

Fino all'autunno il cosiddetto sistema tedesco o dualistico era rimasto sepolto fra gli articoli e i commi del nuovo diritto societario varato dalla riforma del 2003. Ne discutevano pochi esperti, ma tutt'al più come di un'ipotesi di scuola. Solo qualche "fortunato" professionista aveva potuto assistere alla conversione di una Spa dal modello classico di governance al modello importato dall'esperienza tedesca. Appena un centinaio di pionieristiche società avevano finora intrapreso l'avventura del "dualistico": per la precisione 131 (pochissime quotate in Borsa).

L'appeal del modello

Da qualche mese, al contrario, intorno a questo sistema si è scatenato un grande clamore. Il modello dualistico ha abbandonato la nicchia degli interessi accademici ed è probabile che nei prossimi mesi, alcuni tra i principali istituti di credito italiani saranno gestiti con una governance alla tedesca. Il restyling del sistema di amministrazione e controllo riguarderà la banca che si collegherà al vertice della graduatoria nazionale, vale a dire quella che sta nascendo dalla fusione Intesa-San Paolo Imi. Ma anche nelle "nozze" fra banche popolari, annunciate in queste settimane, il sistema duale si fa spazio: sarà adottato nell'ambito della fusione fra Banca popolare di Verona e Novara e la ex Popolare di Lodi e per quella tra Banca Lombarda e Piemontese e Bpu. La stessa Mediobanca, del resto, potrebbe presto rivedere la propria organizzazione interna puntando sulle peculiarità della governance dualistica.

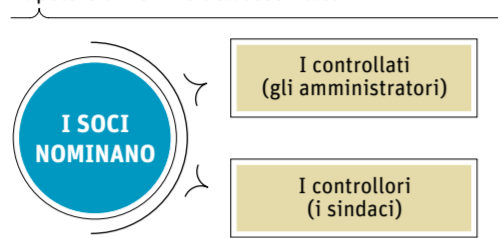
In Europa

Il modello duale è diffuso, oltre che in Germania, anche in Francia e Olanda. La legge tedesca è l'unica che prevede come unico sistema quello dualistico. In Francia — come avviene in Italia — il modello duale è facoltativo, mentre nei Paesi Bassi è obbligatorio per le grandi società, un'op-

Il confronto

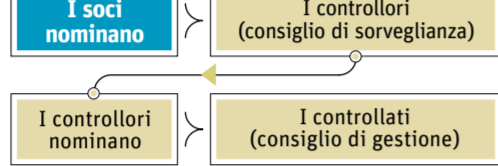
SISTEMA TRADIZIONALE

Il potere di nomina dell'assemblea



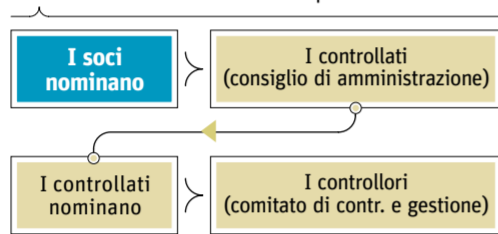
SISTEMA DUALISTICO

Il rapporto tra consiglio di sorveglianza e comitato di gestione



SISTEMA MONISTICO

La forma di amministrazione semplificata



zione per le altre (in Gran Bretagna vige il sistema monistico, terza opzione nella riforma italiana). C'è da dire che il sistema dualistico adottato dalla legislazione tedesca si differenzia da quello italiano e francese per il fatto che l'amministrazione della società avviene a due livelli: il Consiglio di sorveglianza a cui membri sono nominati e revocati dall'assemblea e un organo di gestione (*Directoire* in Francia, *Vorstand* in Germania), a cui membri sono nominati dal Consiglio di sorveglianza in Germania revocati dallo stesso (in Francia provvede l'Assemblea su proposta di quest'ultimo).

L'alta amministrazione

Uno degli aspetti cruciali della

disciplina relativa al sistema duale riguarda la cd. "alta amministrazione". Se lo statuto lo prevede, in effetti, possono essere attribuite al consiglio di sorveglianza anche funzioni di indirizzo (che comunque ai soci non spetterebbero): esso può in tal caso deliberare in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione. Pertanto, al consiglio di sorveglianza compete non solo un compito di nomina e di verifica, ma anche un ruolo, per così dire, macroeconomico, che può essere svolto indicando all'organo che deve adottare le decisioni operative quali è il perimetro, in cui muoversi. Circa la tipologia delle operazioni strategiche

disciplina relativa al sistema duale riguarda la cd. "alta amministrazione". Se lo statuto lo prevede, in effetti, possono essere attribuite al consiglio di sorveglianza anche funzioni di indirizzo (che comunque ai soci non spetterebbero): esso può in tal caso deliberare in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione. Pertanto, al consiglio di sorveglianza compete non solo un compito di nomina e di verifica, ma anche un ruolo, per così dire, macroeconomico, che può essere svolto indicando all'organo che deve adottare le decisioni operative quali è il perimetro, in cui muoversi. Circa la tipologia delle operazioni strategiche

disciplina relativa al sistema duale riguarda la cd. "alta amministrazione". Se lo statuto lo prevede, in effetti, possono essere attribuite al consiglio di sorveglianza anche funzioni di indirizzo (che comunque ai soci non spetterebbero): esso può in tal caso deliberare in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione. Pertanto, al consiglio di sorveglianza compete non solo un compito di nomina e di verifica, ma anche un ruolo, per così dire, macroeconomico, che può essere svolto indicando all'organo che deve adottare le decisioni operative quali è il perimetro, in cui muoversi. Circa la tipologia delle operazioni strategiche

disciplina relativa al sistema duale riguarda la cd. "alta amministrazione". Se lo statuto lo prevede, in effetti, possono essere attribuite al consiglio di sorveglianza anche funzioni di indirizzo (che comunque ai soci non spetterebbero): esso può in tal caso deliberare in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione. Pertanto, al consiglio di sorveglianza compete non solo un compito di nomina e di verifica, ma anche un ruolo, per così dire, macroeconomico, che può essere svolto indicando all'organo che deve adottare le decisioni operative quali è il perimetro, in cui muoversi. Circa la tipologia delle operazioni strategiche

disciplina relativa al sistema duale riguarda la cd. "alta amministrazione". Se lo statuto lo prevede, in effetti, possono essere attribuite al consiglio di sorveglianza anche funzioni di indirizzo (che comunque ai soci non spetterebbero): esso può in tal caso deliberare in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione. Pertanto, al consiglio di sorveglianza compete non solo un compito di nomina e di verifica, ma anche un ruolo, per così dire, macroeconomico, che può essere svolto indicando all'organo che deve adottare le decisioni operative quali è il perimetro, in cui muoversi. Circa la tipologia delle operazioni strategiche

disciplina relativa al sistema duale riguarda la cd. "alta amministrazione". Se lo statuto lo prevede, in effetti, possono essere attribuite al consiglio di sorveglianza anche funzioni di indirizzo (che comunque ai soci non spetterebbero): esso può in tal caso deliberare in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione. Pertanto, al consiglio di sorveglianza compete non solo un compito di nomina e di verifica, ma anche un ruolo, per così dire, macroeconomico, che può essere svolto indicando all'organo che deve adottare le decisioni operative quali è il perimetro, in cui muoversi. Circa la tipologia delle operazioni strategiche

disciplina relativa al sistema duale riguarda la cd. "alta amministrazione". Se lo statuto lo prevede, in effetti, possono essere attribuite al consiglio di sorveglianza anche funzioni di indirizzo (che comunque ai soci non spetterebbero): esso può in tal caso deliberare in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione. Pertanto, al consiglio di sorveglianza compete non solo un compito di nomina e di verifica, ma anche un ruolo, per così dire, macroeconomico, che può essere svolto indicando all'organo che deve adottare le decisioni operative quali è il perimetro, in cui muoversi. Circa la tipologia delle operazioni strategiche

disciplina relativa al sistema duale riguarda la cd. "alta amministrazione". Se lo statuto lo prevede, in effetti, possono essere attribuite al consiglio di sorveglianza anche funzioni di indirizzo (che comunque ai soci non spetterebbero): esso può in tal caso deliberare in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione. Pertanto, al consiglio di sorveglianza compete non solo un compito di nomina e di verifica, ma anche un ruolo, per così dire, macroeconomico, che può essere svolto indicando all'organo che deve adottare le decisioni operative quali è il perimetro, in cui muoversi. Circa la tipologia delle operazioni strategiche

disciplina relativa al sistema duale riguarda la cd. "alta amministrazione". Se lo statuto lo prevede, in effetti, possono essere attribuite al consiglio di sorveglianza anche funzioni di indirizzo (che comunque ai soci non spetterebbero): esso può in tal caso deliberare in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione. Pertanto, al consiglio di sorveglianza compete non solo un compito di nomina e di verifica, ma anche un ruolo, per così dire, macroeconomico, che può essere svolto indicando all'organo che deve adottare le decisioni operative quali è il perimetro, in cui muoversi. Circa la tipologia delle operazioni strategiche

ANALISI

L'autonomia dei gestori è delimitata dallo statuto

di Vincenzo Cariello*

Il consiglio di sorveglianza «se previsto dallo statuto, delibera in ordine alle operazioni strategiche, ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di questo per gli atti compiuti» (articolo 2409 terdecies, comma 1, lettera f-bis) del Codice civile).

È opportuno che la clausola specifichi la valenza della deliberazione (relativa ai piani strategici, finanziari e industriali) o di entrambe; e in secondo luogo proceda a una tipizzazione delle operazioni strategiche da autorizzare e dei piani da approvare. Tra le prime potranno essere annoverate, in genere, operazioni di importanza fondamentale idonee a provocare una modifica sostanziale della situazione patrimoniale o finanziaria dell'impresa, la sua esposizione a rischio o a produrre una modificazione significativa della struttura di gruppo. D'altronde, rispetto a società coinvolte dall'attività di direzione e coordinamento, pur non essendo configurabile il consiglio di sorveglianza della società che dirige e coordina quale consiglio di sorveglianza del gruppo, esso oltre a dovere vigilare sull'esercizio dell'attività da parte del consiglio di gestione della società, potrà, per scelta statutaria, vedersi attribuita la competenza ad autorizzare o approvare operazioni e piani nei quali la stessa attività si estrinsechi.

Nel rispetto poi del principio di titolarità della gestione dell'impresa sociale spettante in esclusiva al consiglio di gestione (articolo 2409 novies, comma 1), nonché in sintonia con i più accreditati orientamenti interpretativi stranieri, la delibera del consiglio di sorveglianza non potrà però né tradursi in un potere positivo di istruzione al consiglio di gestione, né provocare un sostanziale trasferimento, parziale o totale, al consi-

glio di sorveglianza dell'esclusiva competenza di predisposizione o del potere di compimento delle operazioni ovvero di elaborazione dei piani strategici, industriali e finanziari.

Piuttosto, e in primo luogo, l'autorizzazione e l'approvazione, ove rifiutate, si concretano in un potere negativo di veto, che in quanto tale si può certo tramutare in un condizionamento della gestione. E se la mancata approvazione o autorizzazione del consiglio di sorveglianza non ha conseguenze sul potere di rappresentanza del consiglio di gestione, se non nei limiti della regola generale dettata dall'articolo 2384, comma 2; esse nondimeno non sono rimediabili con un intervento dell'assemblea risolutivo del conflitto interorganico, giacché questo, a differenza che in altri ordinamenti (come quello tedesco: par. III legge azionaria), non è contemplato da un'apposita disposizione generale, ma limitato, e pur sempre in forza di esplicita scelta statutaria, al solo specifico caso di mancata approvazione del bilancio.

In secondo luogo, mentre l'autorizzazione (che comunque fa salva la competenza esclusiva del consiglio di gestione) è qualificabile più come strumento di esercizio di un dovere ovvero di una funzione di cd. alta vigilanza, nell'approvazione si manifesta piuttosto quella funzione in un certo senso di cd. alta amministrazione. Sicché, a seconda che in essa si espliciti l'esercizio di una funzione di alta vigilanza o di alta amministrazione, la delibera pur mantenendo ferma la responsabilità del consiglio di gestione per gli atti compiuti e non potendo provocare un passaggio di competenze gestorie né trasformare il consiglio di sorveglianza in un organo propriamente gestorio, implica comunque un accrescimento della sua responsabilità e una diversificazione del suo titolo derivante appunto dalla natura dell'incarico (articolo 2409 terdecies, comma 3) di alta vigilanza o di alta amministrazione in concreto svolto.

A ogni buon conto, la predi-

sposizione delle operazioni strategiche e dei piani industriali e finanziari da parte del consiglio di gestione, seguita dalla delibera del consiglio di sorveglianza, di approvazione o di autorizzazione, non deve essere utilizzata dal consiglio di sorveglianza per la creazione di posizioni di veto strumentali. Piuttosto, anch'essa può contribuire a realizzare quella cooperazione tra consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza esaltata e indicata come obiettivo prioritario nelle *best practices* dei Paesi che conoscono il sistema dualistico. E quindi quale modalità per il conseguimento di una buona corporate governance.

* Ordinario di Diritto commerciale - Università di Ferrara

L'OPZIONE

In sede costitutiva dovrebbe essere precisata la tipologia di atti non più esclusivi del comitato esecutivo

In numeri

| 2005 | |
|----------------------|--------|
| Sistema tradizionale | 21.618 |
| Sistema dualistico | 107 |
| Sistema monistico | 307 |
| 2006 | |
| Sistema tradizionale | 24.026 |
| Sistema dualistico | 131 |
| Sistema monistico | 334 |

Fonte: Unioncamere

Competenze. I poteri del collegio sindacale si sommano ad altri tipi di incombenze

Lo snodo è nel consiglio di sorveglianza

Il sistema dualistico si contraddistingue, rispetto agli altri metodi di governance, per il fatto che l'organo di controllo (il consiglio di sorveglianza), il quale è nominato dall'assemblea, a sua volta nomina e revoca l'organo amministrativo (il consiglio

ISOGGETTI

La struttura è pluripersonale ed opera necessariamente in forma collettiva

di gestione): con ciò il legislatore ha inteso realizzare, da un lato, la massima dissociazione possibile tra proprietà e gestione e, dall'altro, una maggiore interdipendenza tra controllori e controllati.

Nel sistema dualistico l'as-

semblea ordinaria dei soci risulta, perciò, svuotata di alcune sue tipiche attribuzioni, quali, appunto, la nomina dell'organo amministrativo e (almeno di regola) l'approvazione del bilancio: al tradizionale assenteismo o al disinteresse dei soci verso la vita societaria, supplisce dunque il consiglio di sorveglianza, il quale provvede al controllo sull'organo amministrativo, al fine di salvaguardare sia l'interesse dei soci, sia quello della società.

Il consiglio di sorveglianza costituisce, dunque, l'organo qualificante del sistema dualistico: esso esercita i compiti di vigilanza tipici del collegio sindacale, unitamente ad alcune competenze che, nel sistema tradizionale, sono proprie dell'assemblea dei soci; inoltre, se previsto dallo statuto, il consiglio di sorveglianza può essere chiamato a concorrere alla determinazione degli indi-

riizzi strategici dell'impresa, con ciò svolgendo altresì alcune limitate funzioni gestorie. Per contro, al consiglio di sorveglianza non può in nessun caso essere affidato il controllo contabile, materia che è sempre riservata a un revisore esterno, persona fisica o società di revisione.

Quanto alla sua struttura, il consiglio di sorveglianza è organo pluripersonale e opera collegialmente; per accedere alla carica di consigliere di sorveglianza, la legge stabilisce requisiti di professionalità e cause di ineleggibilità meno stringenti di quelli previsti per essere eletti nel collegio sindacale (ma regole differenti e più rigorose valgono per le società quotate, a seguito della loro introduzione in forza della legge 262/05 sulla tutela del risparmio). Non è peraltro prevista la nomina, tra i componenti del consiglio di sorveglianza, di rappresentanti dei lavoratori, a

differenza del modello tedesco cui il sistema dualistico si ispira.

Caratteristica peculiare del sistema dualistico è pure l'attribuzione al consiglio di sorveglianza della competenza a deliberare, oltre che la nomina e la revoca, anche la sostituzione dei membri dell'organo amministrativo cessati dalla carica; si rendono perciò inammissibili in questo sistema, con riguardo ai componenti del consiglio di gestione, sia l'istituto della cooptazione (e cioè la sostituzione interinale dell'amministratore cessato ad opera dello stesso organo di cui il membro cessato faceva parte) sia l'utilizzo nello statuto della clausola statutaria *simul stabunt simul cadent* (secondo la quale, la cessazione di un solo amministratore provoca la cessazione dell'organo).

I membri del consiglio di gestione inoltre possono essere sempre revocati dal consiglio di

sorveglianza (salvo il risarcimento dei danni che loro compete per effetto della anticipata cessazione dalla carica che si verifici senza motivo); e ciò in ragione del rapporto fiduciario che si instaura appunto tra il consiglio di sorveglianza e il consiglio di gestione e che trae origine dal meccanismo di nomina.

Al consiglio di gestione spetta il potere-dovere di compiere tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale; a tal fine, può nominare tra i propri membri singoli consiglieri delegati, ma non gli è consentito istituire al suo interno un comitato esecutivo, a differenza di quanto previsto nel sistema tradizionale di amministrazione, laddove, peraltro, le funzioni gestorie possono essere svolte anche da un amministratore unico, per definizione non ammesso nel sistema dualistico.

A. Bu.

Ordinamento. Le caratteristiche delle discipline

Soci più tutelati se il capitale è «diffuso»

Il sistema dualistico costituisce uno dei tre sistemi di amministrazione e controllo della Spa fra i quali la legge di riforma del diritto societario del 2003 consente di scegliere (gli altri due sistemi sono quello cosiddetto "tradizionale" o "latino", che da sempre vige nel nostro ordinamento, e quello "monistico").

La funzionalità del sistema "tradizionale" o "latino" è fondata dalla legge sulla dialettica che il legislatore ha immaginato di instaurare tra tre organi: infatti, l'assemblea nomina, da un lato, l'organo amministrativo e, dall'altro, l'organo di con-

DIFFERENZE

Gli azionisti diversi da quelli di maggioranza normalmente sono presenti soltanto in sede di bilancio

trolo e ha azione di responsabilità contro i componenti di detti organi; inoltre all'assemblea spettano l'approvazione del bilancio e la deliberazione di distribuzione degli utili. Questo sistema in teoria dispiegerebbe la propria virtuosità se tale dialettica a sua volta funzionasse, cosa che spesso non accade in quanto nell'organo amministrativo è coinvolto, nella massima parte dei casi, proprio il socio di maggioranza, il quale quindi nomina da sé i propri controllori, con l'esito pratico, che tutti ben conoscono, del determinarsi di una situazione di "non controllo" della società da parte dell'organo che quel controllo sarebbe invero deputato ad effettuare. Nel sistema monistico inve-

A. Bu.

ce c'è molto sapore di quel mondo anglosassone dal quale esso è stato importato (e che fa seriamente dubitare come nel nostro ordinamento esso possa in effetti funzionare): i soci nominano l'organo amministrativo mentre l'organo di controllo è nominato a sua volta dal Cda nel proprio seno e cioè componendolo con i propri membri non esecutivi. In altri termini, i controllati nominano alcuni di essi quali propri controllori: un assetto, insomma, che si può immaginare funzionante solo a condizione di ritenere i controllori animati da reale e assoluta indipendenza e da uno standing morale e professionale di altissima dirittura.

Il sistema dualistico è stato importato nel nostro ordinamento prendendo spunto dal diritto tedesco. Consiste, nella creazione di un organo (il consiglio di sorveglianza) intermedio tra l'assemblea dei soci e l'organo amministrativo (il quale, nel sistema dualistico, prende il nome di consiglio di gestione), con la funzione di nominare quest'ultimo, di controllarlo e di verificarne l'operato (mediante l'approvazione del bilancio) meglio dunque di quanto potrebbero fare i soci come singoli. La presenza del consiglio di sorveglianza consente, infatti, di ridurre drasticamente quella endemica lontananza tra il consiglio di amministrazione e i soci (diversi da quelli che detengono il controllo della società) che caratterizza da sempre le Spa con il capitale diffuso tra il pubblico, la quale infatti ha, con i suoi "piccoli" soci, un episodico punto di contatto solo in sede di assemblea di bilancio.

A. Bu.

Prospettive. L'interdipendenza tra gli organi rende più stabile l'attività

Divisi proprietà e gestione

L'osservazione che il sistema dualistico ha assunto il ruolo di modello di governance nella strutturazione di diverse operazioni di riassetto societario di grandi dimensioni non può essere liquidata con il rilievo che potrebbe trattarsi solo di una coincidenza o che si tratterebbe dell'escamotage per operare un mero raddoppio di poltrone, al fine di accentrare tutti i membri del board delle società coinvolte in una fusione, i quali, nonostante il venir meno della società incorporata, troverebbero in tal modo un proprio spazio nella società risultante dal merger.

Invero, il sistema dualistico è stato introdotto nel nostro ordi-

namiento per far fronte all'esigenza di consentire la massima dissociazione tra la proprietà (cioè i soci di controllo) e il potere gestorio, ed è perciò contraddistinto, da un lato, dall'attenuazione dell'influenza dei soci (e, conseguentemente, dei mutamenti dell'assetto proprietario) sulla gestione della società e, particolarmente, sulla scelta degli amministratori; dall'altro, esso è caratterizzato dalla stretta interdipendenza tra i controllori (e cioè i membri del consiglio di sorveglianza) e i controllati (e cioè i membri del consiglio di gestione), in quanto questi ultimi sono nominati (e possono essere revocati e sostituiti) dai primi.

Queste peculiarità presentano molteplici profili di interesse. Innanzitutto, la dissociazione tra proprietà e gestione e la conseguente limitazione di competenza in capo all'assemblea ordinaria dei soci fanno sì che la società non risenta del disinteresse e/o degli eventuali conflitti tra azionisti e garantiscono quindi continuità di gestione pur al mutare della compagine dei soci o pur in una situazione di turbolenze tra i soci; inoltre, l'attribuzione al consiglio di sorveglianza di parte della competenza dell'assemblea ordinaria consente l'abbattimento dei costi e dei tempi relativi alla convocazione e allo svolgimento dell'assemblea stessa.