



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto dei Mercati Finanziari

La Corporate Governance delle banche

Il sistema monistico

RELATORE

Chiar.mo Prof. **Marino Perassi**

CANDIDATO

Francesco Marabitti

Matr. **132163**

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. **Salvatore Providenti**

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

LA CORPORATE GOVERNANCE DELLE BANCHE

IL SISTEMA MONISTICO

INTRODUZIONE

CAPITOLO I:

IL GOVERNO DELLE BANCHE: TRA OBBLIGHI NORMATIVI, SOFT LAW E AUTONOMIA PRIVATA

1. Corporate governance: Definizione e obiettivi

1.1. Specificità della società bancaria

2. I principi internazionali

2.1 I principi dell'OCSE

2.2 I principi del Comitato di Basilea: la “risk governance”

3. La Governance bancaria nella disciplina comunitaria

4. I modelli di amministrazione e controllo dopo la riforma del 2003

4.1. Il modello tradizionale: un'eccezione italiana

4.2. Il modello dualistico

4.3. Il modello monistico

CAPITOLO II:

**ANALISI COMPARATA DEL MODELLO MONISTICO
IN FRANCIA E INGHILTERRA**

1. La corporate governance nel diritto inglese

1.1. Il sistema monistico in Inghilterra

1.2. La governance delle banche

2. La corporate governance nel diritto francese: il ruolo dello Stato

2.1. Il codice AFEP-MEDEF

2.2. Il sistema monistico in Francia

2.3. La governance delle banche

CAPITOLO III:

**IL SISTEMA MONISTICO: LINEE EVOLUTIVE E
APPLICAZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO**

1. La diffusione del modello monistico nel mondo

2. Il modello monistico nelle società quotate italiane

2.1. I limiti del modello monistico

2.2. Possibili evoluzioni

3. Il modello monistico nelle banche

3.1. Il caso Intesa Sanpaolo

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

La riforma del diritto societario del 2003, entrata in vigore il 1° Gennaio 2004, ha introdotto nel nostro ordinamento i c.d. “sistemi alternativi di amministrazione e controllo”: il sistema dualistico, di origine tedesca, e il sistema monistico, di origine anglosassone.

Questi modelli sono detti “alternativi” perché operano attraverso un’espressa previsione statutaria. In assenza di questa, viene adottato automaticamente il sistema tradizionale.

Prima della riforma, il sistema tradizionale, caratterizzato dalla presenza di un Collegio Sindacale, era l’unico utilizzato dalle società per azioni del nostro paese. A livello internazionale, invece, si nota un’evidente preferenza per il modello monistico, in cui la funzione di controllo è affidata a un comitato interno al consiglio di amministrazione, il Comitato per il Controllo sulla Gestione. Nel nostro ordinamento, a quasi sedici anni dall’entrata in vigore della riforma, i modelli alternativi hanno avuto scarso successo. Tra le società quotate, infatti, solo quattro hanno scelto il sistema monistico e due il dualistico. Tra le società non quotate più del 99% ha mantenuto il sistema tradizionale.

Il dibattito sui modelli alternativi si è riaperto negli ultimi anni a causa della decisione di adottare un modello di tipo monistico da parte di una delle banche principali del nostro paese, Intesa Sanpaolo, annunciata nel 2016.

L’obiettivo della presente trattazione è quello di analizzare le cause del mancato utilizzo del modello da parte delle imprese del nostro paese, i possibili correttivi ed evoluzioni che ne possono favorire

l'adozione. Verrà prestata particolare attenzione al ricorso al modello monistico da parte delle società bancarie, le quali rivestono un ruolo fondamentale nella nostra economia e necessitano di un sistema di amministrazione e controllo strutturato ed efficace, per via delle caratteristiche peculiari dell'attività creditizia. Per fare ciò, è necessario fornire una definizione e un quadro generale sulla *Corporate Governance*, fornendo le motivazioni per le quali essa riveste l'importanza odierna. Sarà analizzato il sistema delle fonti e il ruolo della *soft law*, espressa in particolare tramite *best practices* e *standard* pubblicati da organizzazioni internazionali, nonché, tramite il ricorso all'autoregolamentazione. Lo strumento principale per lo studio del modello monistico è la comparazione tra sistemi giuridici. Nel secondo capitolo di questa trattazione, infatti, sarà analizzato il modello monistico e il suo utilizzo in Inghilterra e in Francia. La scelta è ricaduta sul sistema monistico nel Regno Unito perché è il paese in cui esso ha avuto il maggiore sviluppo, essendo l'unico modello conosciuto dalle società inglesi di maggiori dimensioni. La cultura giuridica britannica, inoltre, è molto diversa da quella del nostro paese, essendo un paese di *common law* con un mercato borsistico molto sviluppato, per cui la proprietà delle società quotate è diffusa in misura rilevante tra il pubblico, con tutte le implicazioni che verranno illustrate nel seguito della trattazione.

La Francia, invece, è un paese di *civil law*, con una struttura del mercato e della proprietà molto simile alla nostra. Nonostante la cultura giuridica francese sia, per certi versi, affine a quella italiana, sono notevoli le differenze e il successo ottenuto dal sistema monistico. La comparazione permette di comprendere il funzionamento e le potenzialità del modello monistico, attraverso lo studio

dell'applicazione in paese in cui ha avuto un apprezzabile sviluppo. Nel terzo ed ultimo capitolo, alla luce del quadro generale sulla *corporate governance*, internazionale e comunitario, e dell'analisi comparata, saranno evidenziate le caratteristiche del sistema monistico nel nostro ordinamento, dalla riforma del 2003 ad oggi. Verrà illustrato il quadro normativo, con i c.d. "scalini normativi", dalle società per azioni, alle società quotate, fino alle regole aggiuntive per le società bancarie. Il modello monistico, all'epoca della sua introduzione nel nostro ordinamento, ha ricevuto non poche critiche da una parte degli studiosi, i quali ritenevano che il modello fosse "blando" per quanto riguarda la funzione di controllo sulla gestione, a causa del doppio ruolo dei componenti del comitato, che sono, a tutti gli effetti, amministratori-controllori.

Nel seguito della trattazione, tenendo conto delle critiche mosse al modello, saranno presentate le possibili evoluzioni e i possibili correttivi, a livello normativo e tramite l'autonomia statutaria, che potrebbero essere apportati al modello per incoraggiarne l'utilizzo da parte delle nostre imprese.

Infine, sarà trattata la scelta di Intesa Sanpaolo di adottare il modello monistico e le nuove previsioni statutarie. Lo studio dello statuto di Intesa Sanpaolo è utile per comprendere come le scelte statutarie abbiano un ruolo decisivo per l'applicazione e l'efficacia del modello monistico.

CAPITOLO I:

Il governo delle banche: tra obblighi normativi, soft law e autonomia privata

1.1. Corporate governance: Definizione e obiettivi

Il rapporto Cadbury definisce la *Corporate Governance* come “*the system by which companies are directed and controlled*”¹. È stata definita anche, da A. Demb e F.F. Neubauer, come “il processo attraverso cui le società per azioni vengono rese sensibili ai diritti ed ai desideri degli stakeholders”².

Questa interpretazione del concetto di *Corporate Governance* è utile per comprendere come la *Corporate Governance* sia un processo in evoluzione e non uno statico sistema per l’amministrazione e il controllo di una società.

Sintetizzando, si può definire la *Corporate Governance* come un sistema di regole, formato da norme, tradizioni e comportamenti elaborati nel tempo da differenti sistemi giuridici ed economici. Perciò,

¹ Il rapporto Cadbury è il primo e più importante documento in materia di corporate governance redatto dall’omonimo comitato in Inghilterra nel 1992.

² DEMB, NEUBAUER, *The Corporate Board: Confronting the paradoxes*, Oxford University Press, 1992.

non si tratta unicamente di norme inderogabili, attraverso le quali il legislatore obbliga le società ad organizzarsi con modalità prestabilite, ma è caratterizzato da ampi spazi di autonomia lasciata alle imprese, attraverso i quali esse sono libere scegliere il modello che ritengono migliore.

Dal punto di vista della legalità una buona *corporate governance* è necessaria per il rispetto dei diritti di tutti coloro che, a vario titolo, partecipano alla vita della società e che sono portatori interessi differenziati: soci, amministratori, lavoratori, creditori etc. Dal punto di vista economico un' organizzazione societaria strutturata e bilanciata presenta notevoli vantaggi in termini di efficienza nelle procedure, di attrazione degli investimenti, per cui, in ultima istanza, in termini di profitto. Si coglie perciò un necessario bilanciamento tra norme che garantiscono il rispetto dei diritti e la libertà economica delle imprese di attuare un modello efficiente.

Così, in materia di *Corporate Governance*, la scelta dei legislatori è stata quella di assicurare un nucleo fondamentale di norme che regolano gli aspetti fondamentali del governo delle società, lasciando allo statuto la possibilità di determinare il funzionamento degli organi sociali, entro gli spazi di autonomia lasciati dalle norme che regolano la materia.

Un ruolo fondamentale è poi svolto dalla *soft law* in materia di governo societario, poiché essa proviene da autorità, con un alto tasso di professionalità, che emanano raccomandazioni, orientamenti, *guidelines*, volte a indirizzare le scelte delle società. L'applicazione della *soft law* è garantita, da un lato dall' "autorevolezza" dell'autorità da cui è emanata, dall'altro da un particolare meccanismo di applicazione: il c.d. "*comply or explain*". Attraverso questo

meccanismo i soggetti destinatari delle disposizioni, rimangono liberi di non applicarle, ma in questo caso sono tenuti a motivare la decisione.

Un esempio tipico di funzionamento del “*comply or explain*” per la *soft law* del nostro ordinamento è il Codice di Autodisciplina, emanato da Borsa Italiana S.P.A. nel 1999 e periodicamente aggiornato, con il quale sono state emanate disposizioni destinate a regolare la *corporate governance* delle società quotate. Il Codice non è direttamente vincolante per le società quotate, ma il TUF obbliga le stesse ad illustrare nella relazione sul governo societario l’adesione a codici di comportamento o a motivare la mancata adesione³. Attraverso questa norma opera il “*comply or explain*”.

Inoltre, l’applicazione delle regole contenute nel Codice di Autodisciplina, pur non essendo previste esplicite sanzioni, può essere garantita da una sanzione “reputazionale”, per cui i possibili risvolti negativi sul piano dell’immagine, fondamentale per la fiducia degli investitori, fungono da incentivo all’adesione al Codice⁴. Per mezzo di questo tipo di meccanismo le autorità, soprattutto a livello internazionale, indirizzano le società in materia di *corporate governance*.

Nella letteratura il problema della *corporate governance* è stato individuato nella *agency theory*⁵. Secondo questa teoria il fatto che ci sia un soggetto il cui benessere dipende dalle azioni di un altro soggetto genera dei costi. Nel caso delle società per azioni (in particolare in

³ Testo unico in materia di intermediazione finanziaria (Dlgs. 58/1998), art. 123-bis, 2° comma, lett. a).

⁴ S. ALVARO, P. CICCAGLIONE e G. SICILIANO, *L’autodisciplina in materia di Corporate Governance: un’analisi dell’esperienza italiana*, in Quaderni giuridici, CONSOB, 2013.

⁵ M. JENSEN, W. H. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, vol. 3, n° 4, 1976, pp. 305-360.

quelle in cui c'è maggiore separazione tra proprietà e controllo), ci sono dei soggetti, i soci, definiti *principal*, che hanno come obiettivo il ritorno economico sui propri investimenti, sotto forma di utili. Per ottenere questo risultato delegano la gestione della società ad altri soggetti, gli amministratori, definiti *agent*, che però hanno obiettivi differenti: primo su tutti il compenso.

Si crea quindi un possibile conflitto di interessi per cui gli amministratori nell'attività di gestione, avendo obiettivi differenti rispetto a quelli dei soci, potrebbero prendere decisioni in conflitto con l'interesse di questi ultimi.

Trovare soluzioni ai problemi di agency è diventato uno degli obiettivi primari della disciplina in materia di *corporate governance*.

1.1. Specificità della società bancaria

La Corporate Governance della società bancaria assume connotati differenti rispetto alle società di diritto comune, associati ai profili caratteristici delle banche.

La differenziazione all'interno del diritto societario, in realtà, non stupisce, in quanto si rinviene già tra la *governance* delle società "chiuse" e di quelle "aperte". La differenza sostanziale ruota intorno al concetto di "interesse sociale"⁶, ossia interesse della società considerata nel suo insieme, cosicché, un eventuale conflitto tra interessi sociali, si

⁶ A. SACCO GINEVRI, *Il conflitto di interessi nella gestione delle banche*, in *Strumenti e modelli di diritto dell'economia*, Vol. 22, Cacucci Editore, 2016

risolve tramite ponderazione e bilanciamento tra gli stessi. Nelle società che fanno ricorso al mercato di rischio, è necessaria una tutela specifica per gli investitori provenienti dal risparmio diffuso ed è per questo che la disciplina in materia di *governance* delle società aperte mira a limitare l'autonomia statutaria per tutelare questi soggetti, vista anche la maggiore distanza tra soci e *management*, che espone i primi a rischi di abusi da parte di questi ultimi.

Facendo ricorso allo stesso concetto di "interesse sociale", si notano le differenze con le società bancarie. Possiamo classificare queste differenze secondo due ordini di interessi meritevoli di tutela, specifici del settore bancario: il maggiore apporto del capitale di debito di una banca, che espone maggiormente al rischio di "*moral hazard*"⁷ e il c.d. "rischio sistemico" delle banche (soprattutto quelle di maggiori dimensioni), ossia la possibilità che la crisi di una banca si estenda al sistema bancario e al sistema economico in generale.

Questi due profili giustificano approcci differenti nella disciplina volti tendenzialmente a introdurre norme inderogabili, talvolta già esistenti come *best practices* di governo societario, limitando ulteriormente l'autonomia delle società nelle scelte di organizzazione aziendale.

Va sottolineato che il dibattito sulla *corporate governance* bancaria si è reso più acceso a seguito della crisi finanziaria globale che ha coinvolto le banche nel periodo 2007-2009. Parte degli studi sulla crisi ha individuato nel governo delle banche una delle ragioni del dissesto, a causa di organizzazioni inadeguate, controlli insufficienti e

⁷ Per azzardo morale si intende quella situazione in cui l'impresa utilizza il risparmio raccolto per attività più rischiose di quelle dichiarate, per un possibile guadagno più elevato.

management eccessivamente propenso all'assunzione del rischio⁸. La crisi, in effetti, è all'origine delle riforme in tema di Corporate Governance bancaria, nate nell'ambito del G20, nel Financial Stability Board⁹ e nel Comitato di Basilea, che hanno aperto la strada alla direttiva comunitaria 2013/36/UE (CRD IV) e all'istituzione dell'European Banking Authority (EBA), che ha dato un notevole apporto alla materia con le *Guidelines on internal governance*¹⁰.

Per le ragioni precedentemente esposte, è l'interesse pubblico delle banche che richiede una disciplina diversa per queste ultime che si affianca a quella di diritto societario e che la rende sostanzialmente differente, perché basata su obiettivi differenti, in cui la salvaguardia dell'interesse pubblico, *in primis* sotto forma di tutela del risparmio e del sistema bancario, assume un ruolo preminente.

In questa disciplina differenziata la *corporate governance* non fa eccezione, anzi, il profilo di un'eccessiva assunzione del rischio da parte dell'amministrazione, che può andare a danno di risparmiatori e collettività, può essere salvaguardato solo attraverso un buon governo societario, garantito attraverso regole che prevedano un efficiente sistema di amministrazione, ma soprattutto, di controllo.

⁸ A. MIRONE, *Le regole del governo societario e assetti statutarî delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in Banca, Impresa, Società, fascicolo 1, 2017 e F.VELLA, *Capitalismo e finanza*, Il Mulino, Bologna, 2011, 1 ss.

⁹ Il Financial Stability Board è un organismo internazionale che nasce nel 1999 dalla volontà dei governi di incentivare la stabilità finanziaria in un'ottica globale, adottare delle migliori al sistema dei mercati e ridurre il rischio di crisi finanziarie per mezzo della condivisione di informazioni. Si propone, inoltre, di incentivare la cooperazione internazionale tra le autorità di vigilanza

¹⁰ Le *Guidelines on internal governance* sono state pubblicate dall'European Banking Authority nel 2017 con l'obiettivo di armonizzare le disposizioni in tema di governance delle banche.

2. I principi internazionali

Nel paragrafo precedente si è detto di come in materia di corporate governance siano importanti i comportamenti elaborati nel tempo, anche da sistemi giuridici ed economici tra loro differenti.

La globalizzazione ha avuto l'effetto di avvicinare mercati geograficamente distanti, favorendo scambi di mercato tramite imprese costituite sotto forma di società, spesso di grandi dimensioni.

Inoltre, in anni recenti, si è assistito alla nascita di gruppi di società, a carattere transfrontaliero, con l'obiettivo di espandersi geograficamente nel mercato e crescere dimensionalmente.

Questo fenomeno ha suscitato l'esigenza di garantire regole comuni, sulla base di quelle dei singoli ordinamenti, e una forte spinta verso la convergenza di queste stesse regole.

In tema di governo societario la spinta verso la convergenza risulta fondamentale, non essendo una materia disciplinata integralmente, ma che lascia ampi spazi alle decisioni dei singoli soggetti destinatari, cosicchè, un ruolo decisivo lo giocano i principi, *standard* sviluppati a livello internazionale, volti a favorire l'emanazione di normative simili in molti ordinamenti. Questi principi sono allo stesso tempo un laboratorio, in cui si raccolgono le esperienze in tema di governo societario derivanti dai vari ordinamenti, pervenendo a *best practices* e standard internazionali, che hanno fornito un'importante base, per la redazione dei vari Codici di comportamento, molto utilizzati a livello internazionale.

2.1 I principi dell'OCSE

L'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico è stata istituita con omonima convenzione il 14 dicembre del 1960, a Parigi. Ne fanno parte ad oggi 36 paesi.

L'OCSE ha la funzione di raccogliere e confrontare esperienze politiche per la risoluzione di problemi comuni, al fine di identificare le pratiche commerciali ed attuarne il coordinamento.

Nel 1999 l'OCSE ha pubblicato una prima versione dei *Principles on Corporate Governance*, oggetto di revisione nel 2004 e, da ultimo nel 2015, in collaborazione con il G20.

Come dichiarato nella prefazione ai principi del 2004, l'importanza di un buon governo societario è fondamentale non solo per accrescere la competitività delle singole imprese e il valore degli investimenti degli azionisti, ma nella nostra economia il ruolo svolto dalle imprese del settore privato è diventato un importante fattore per garantire la gestione del risparmio e redditi pensionistici, per cui è notevolmente aumentato l'interesse per il tema della *Corporate Governance*¹¹.

I principi pubblicati dall' OCSE non sono vincolanti ma godono di un'ottima reputazione e sono diventati il principale punto di riferimento per i responsabili dell'elaborazione delle politiche economiche, per le società stesse e per gli investitori. A testimonianza della loro influenza a livello mondiale è utile sottolineare

¹¹ OECD, *Principles on Corporate Governance*, 2004, p. 10

che il Financial Stability Board ha inserito i principi sulla Corporate Governance dell'OCSE tra i *Key Standards* per l'integrità dei mercati finanziari, inoltre, gli stessi principi sono utilizzati dalla Banca Mondiale e dal Comitato di Basilea.

Andando ad analizzare più nel dettaglio il contenuto dei Principi, essi si sviluppano lungo sei linee direttrici: 1) assicurare le basi per un efficace governo societario; 2) diritti degli azionisti e funzioni connesse alla proprietà delle azioni; 3) investitori istituzionali, mercato dei capitali e altri intermediari; 4) il ruolo degli stakeholder; 5) informazione e trasparenza; 6) responsabilità del consiglio d'amministrazione.

1) Assicurare le basi per un efficace governo societario

Secondo la prima linea direttrice è importante che l'assetto del governo societario sia elaborato tenendo conto dell'impatto economico complessivo, l'integrità e la trasparenza del mercato e gli incentivi per gli operatori.

La prima parte dei principi trova come destinatari le autorità preposte all'elaborazioni di assetti di governo societario, che in prima istanza sono responsabili di predisporre modelli di governo societario che siano efficaci, ma che possano al contempo non alterare integrità e trasparenza del mercato.

Secondo i Principi è fondamentale per le Autorità dotarsi di strumenti per l'*enforcement* delle regole predisposte.

2) Diritti degli azionisti e funzioni connesse alla proprietà delle azioni

Viene riconosciuta l'importanza primaria della tutela dei diritti degli azionisti e del loro investimento. Per questo i Principi ritengono che l'assetto di governo societario dovrebbe garantire la protezione degli *shareholders*, facilitare l'esercizio dei diritti e ottenere il risarcimento per eventuali lesioni dei propri diritti.

In particolare, i principi puntano molto sui diritti in assemblea, il diritto degli azionisti di partecipare alle decisioni fondamentali sulla vita della società e di essere sempre adeguatamente informati sull'attività del *management*. E' necessario che ci sia un equo trattamento per tutti gli azionisti, per cui è fondamentale che non ci siano abusi da parte dei soci di maggioranza e che la minoranza abbia a disposizione strumenti di reazione.

3) Investitori istituzionali, mercato dei capitali e altri intermediari

I principi in questo caso prendono atto della rilevanza degli investitori istituzionali e degli intermediari nell'esercizio dei diritti connessi alla proprietà delle azioni, perciò richiedono che questi svolgano la propria funzione in conformità con gli stessi principi sulla corporate governance. In questo senso risulta fondamentale che ci sia una adeguata gestione dei conflitti di interesse, basata sulla *disclosure* e sulla minimizzazione del danno derivante dal conflitto.

4) Il ruolo degli stakeholder

Per un efficace governo societario non è da sottovalutare il ruolo degli stakeholder, identificati come portatori di interessi ulteriori rispetto a quelli degli azionisti: primi su tutti lavoratori e creditori.

I principi incoraggiano alla partecipazione dei lavoratori nell'organizzazione e nel processo decisionale della società per portare in seno al management i propri interessi e poter costituire un valore aggiunto.

Viene sottolineata poi l'importanza di una struttura per la gestione della crisi in grado di soddisfare i creditori, che devono vedere tutelato il proprio credito, così da essere incentivati all'investimento.

5) Informazione e trasparenza

L'informazione societaria ha assunto un ruolo cruciale come forma di gestione delle più importanti vicende che coinvolgono la società. I principi richiedono che l'informazione sia tempestiva e accurata e deve riguardare in particolar modo la situazione finanziaria, gli assetti proprietari, struttura e composizione del board.

La *disclosure* è individuata come strumento principale per la gestione delle operazioni con parti correlate.

I Principi insistono anche sull'importanza del revisore contabile esterno, sulla sua competenza e alta professionalità.

6) Responsabilità del consiglio d'amministrazione

I principi sono applicabili ad ogni modello di amministrazione prescelto, che sia monistico, dualistico o di altra natura.

I Principi sottolineano l'importanza della funzione di monitoraggio sull'attività del *management*, indipendentemente dall'organo incaricato della funzione. Chiarisce che l'amministrazione è responsabile nei confronti non solo della società e degli azionisti, ma anche di fronte agli stakeholders.

Secondo i Principi è fondamentale per un buon governo societario la presenza di amministratori indipendenti, che possano fornire un giudizio obiettivo, soprattutto in materie in cui c'è maggiore presenza di conflitti di interesse, in particolare per quanto riguarda la remunerazione degli amministratori, le nomine, le operazioni con parti correlate. In questo senso è necessaria l'istituzione di comitato, con la partecipazione degli indipendenti, con competenze chiare e definite dal consiglio d'amministrazione.

Questi standard minimi definiti dai *Principles on Corporate Governance* dell'OCSE, come detto, costituiscono la base su cui si sono sviluppate le regole sull'assetto di governo societario in molti paesi.

2.2 I principi del Comitato di Basilea: la "risk governance"

Un'altra organizzazione internazionale che ha avuto un impatto e un'influenza decisiva in tema di Corporate Governance è il *Basel Committee on Banking Supervision*, che ha pubblicato le linee guida per il governo delle banche, "*Corporate Governance principles for Banks*", di cui la più recente pubblicazione nel 2015.

Il Comitato di Basilea è stato istituito nel 1974 dai governatori delle banche centrali del G10 con l'obiettivo di rafforzare la cooperazione in materia di vigilanza bancaria. E' già stato affrontato in precedenza il tema delle specificità che caratterizzano la società bancaria nell'approccio al governo societario. Per questo il Comitato di Basilea ha pubblicato dei principi sulla *Corporate Governance* bancaria ponendo alla base i principi emanati nell'ambito dell'OCSE.

Il primo fondamentale obiettivo, che si coglie già nell'introduzione ai principi, è la salvaguardia degli interessi degli stakeholders, mentre quella degli azionisti viene collocata esplicitamente in secondo piano¹².

Possiamo notare quindi una prima sostanziale differenza rispetto ai principi dell'OCSE per le società assoggettate al diritto comune.

Quando si parla di stakeholder di una società bancaria si fa riferimento, in primo luogo, ai depositanti, creditori della società, senza i quali sarebbe impossibile svolgere la stessa attività creditizia. Un altro obiettivo promosso dal Comitato nei Principi è rafforzare il *focus* sulla c.d. *risk governance*.

Risulta evidente il ruolo che ha assunto la crisi nell'accentuare il profilo della gestione del rischio come punto chiave della governance bancaria, considerato proprio che la mancata attenzione al controllo sui

¹² *Corporate governance principles for banks*, Comitato di Basilea, 2015, *Introduzione*, p. 3.

rischi è stata una delle principali cause della crisi.

I Principi si propongono di introdurre adeguati presidi per la gestione del rischio attribuendo un ruolo primario al consiglio d'amministrazione, considerato il responsabile principale del *risk management*.

Rientra tra i compiti del *board* la definizione e la promozione di una adeguata "*risk culture*", ossia quell'insieme di regole, attitudini, comportamenti relativi alla consapevolezza e alla gestione dei rischi che indirizzano le decisioni e le attività *day-by-day* della società. Per definire la cultura del rischio è necessario che il consiglio d'amministrazione definisca la propensione al rischio, per poi allineare ad essa le scelte strategiche.

I Principi richiedono che la propensione al rischio di una banca sia definita e resa pubblica attraverso il RAS (Risk Appetite Statement)¹³. La struttura complessiva che definisce il *risk appetite* di una banca, che comprende anche il RAS, è detta RAF (Risk Appetite Framework).

Per garantire una visione obiettiva ed indipendente del rischio nelle banche di maggiori dimensioni è richiesta la nomina di un CRO (Chief Risk Officer), un soggetto indipendente, di comprovata professionalità e competenza, che abbia funzioni di vigilanza sulla gestione del rischio. Perché sia efficace la gestione del rischio è necessario che la banca si doti di un adeguato sistema di controllo.

In questo senso, oltre al CRO, è necessaria la presenza di un sistema di controlli sul *management*, che può essere portato avanti per mezzo di comitati interni al consiglio d'amministrazione (in particolare

¹³ Il *Risk Appetite Statement* è un documento in cui la banca definisce la propria propensione al rischio, specificando gli obiettivi da raggiungere, tenendo conto delle risorse da utilizzare.

Comitato Audit e Comitato Rischi), composti da amministratori indipendenti. Ciò che emerge dai “*Corporate Principles for Banks*” è un’attenzione centrale al profilo dei rischi, che responsabilizza ulteriormente il consiglio di amministrazione, rendendolo allo stesso tempo responsabile di attuare il piano per la gestione del rischio e l’attività di monitoraggio sulle stesse performance.

I principi incidono anche sulla composizione del board, che per le banche deve essere composto da soggetti di comprovata professionalità e competenza, in modo tale da essere in grado di porre in essere un’adeguata gestione del rischio.

Si può notare, quindi, che l’evoluzione della Corporate Governance in *Risk Governance*, ha avuto dei risvolti non indifferenti sull’organizzazione e il sistema di amministrazione e controllo di una società che svolge attività creditizia.

3. La Governance bancaria nella disciplina comunitaria

Dopo la fase critica della crisi che ha avuto ripercussioni anche nell’ambito dell’Unione Europea, le istituzioni comunitarie si sono impegnate a promuovere una crescita economica, passando principalmente attraverso le imprese¹⁴. Questo richiede un efficace sistema di Corporate Governance, soprattutto per quel che riguarda le

¹⁴ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Europa 2020. *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*. COM (2010) 2020 definitivo. Bruxelles, 2010.

grandi imprese e la loro relazione con i mercati. Per questa ragione, il tema del governo societario è divenuto rilevante nell'ambito comunitario. La scelta delle istituzioni comunitarie è stata quella di arrivare all'armonizzazione delle regole in tema di corporate governance passando attraverso strumenti che lasciano spazi di discrezionalità agli Stati Membri per quel che riguarda l'applicazione.

E'utile ricordare in questa sede che il TFUE prevede molteplici strumenti a disposizione delle istituzioni: regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni, pareri. I regolamenti sono atti a portata generale, direttamente applicabili e vincolanti. Le direttive sono atti, anch'essi vincolanti per quanto riguarda il risultato da raggiungere, ma che lasciano discrezionalità agli Stati quanto agli strumenti per raggiungerlo.

Le decisioni sono atti altresì vincolanti, ma non hanno portata generale, sono contingenti in quanto a destinatari o situazioni.

Le raccomandazioni invitano a tenere un determinato comportamento, mentre i pareri esprimono la posizione di un organo. Spesso il parere è un passaggio obbligatorio, anche se non vincolante.

Le istituzioni, inoltre, si sono dotati di strumenti atipici, in particolare la Commissione Europea utilizza comunicazioni, Libri Verdi e Libri Bianchi.

Con le comunicazioni la Commissione esprime una propria valutazione su questioni o pubblica delle linee guida.

I Libri Verdi avviano un procedimento di consultazione rivolto agli Stati Membri, riguardo a temi aperti, che si concludono con la pubblicazione di Libri Bianchi¹⁵.

¹⁵ La Commissione Europea ha emanato due Libri Verdi in materia di Corporate Governance degli istituti finanziari nel 2010 e nel 2011.

Dal quadro sopra delineato si evince che nell'ambito dell'Unione si hanno a disposizione strumenti con differenti gradi di vincolatività, con conseguenti differenti spazi di autonomia per i destinatari dei provvedimenti. In particolare, in tema di governo societario, la scelta è ricaduta su direttive, raccomandazioni e strumenti atipici, vista la necessità di una certa libertà per le imprese di avere a disposizione un modello flessibile da adattare alle necessità aziendali.

L'armonizzazione delle regole di Corporate Governance rimane però fondamentale, per l'obiettivo di un mercato unico in cui le imprese europee siano competitive a livello internazionale. È stato da più parti rilevato, inoltre, che l'armonizzazione evita il fenomeno del *forum shopping*, fenomeno che induce le imprese a stabilirsi ove le regole siano meno restrittive e più vantaggiose per l'impresa stessa.

Per prima la Direttiva 2007/36/CE si è posta come obiettivo l'armonizzazione delle legislazioni nazionali in tema di partecipazione degli azionisti, favorendo il loro impegno a lungo termine, tentando di rimuovere ostacoli all'esercizio dei loro diritti. La garanzia dei diritti degli azionisti, come chiarito in precedenza, sono alla base delle regole che assicurano un efficace e bilanciata *Corporate Governance*, per questo la direttiva in questione punta sui diritti di *voice*, incoraggiando al ricorso di strumenti telematici e allo strumento delle deleghe agli intermediari e altri professionisti.

L'Unione Europea è intervenuta, più nello specifico, anche nella struttura e nei processi degli organi di governo societario. Lo strumento utilizzato in questo caso è stato quello delle raccomandazioni emanate dalla Commissione Europea.

Uno dei principali provvedimenti, che vale la pena menzionare, per la sua importanza per il prosieguo della trattazione, è la

Raccomandazione 2005/162/CE sul ruolo degli amministratori senza incarichi esecutivi. La Raccomandazione, visto il frequente ricorso alle deleghe di tipo gestorio delle grandi imprese, richiede che siano chiariti gli incarichi degli amministratori privi delle suddette deleghe. I suddetti amministratori, secondo la Raccomandazione, svolgono un ruolo fondamentale nei processi decisionali, svolgendo l'attività di "monitoraggio" sull'attività degli amministratori esecutivi, contribuendo con giudizi obiettivi a valutarne l'operato.

La Commissione Europea raccomanda in tal senso la nomina di amministratori indipendenti, che possano svolgere in maniera più adeguata questo incarico. La Raccomandazione in questione, quindi, richiede l'istituzione di comitati all'interno del *board*, con funzioni istruttorie e consultive.

L'obiettivo di fondo è quella di incoraggiare una certa diversità nella composizione del consiglio di amministrazione, in quanto a età, genere, nazionalità, formazione professionale, in modo tale da mettere a disposizione del board, all'interno dei processi decisionali, un maggior numero di punti di vista, che possano portare a decisioni più bilanciate, prendendo in considerazione interessi tra loro differenti.

Per quanto riguarda il tema specifico della governance bancaria, già la legislazione europea antecedente alla crisi richiedeva alle banche di dotarsi "di una buona organizzazione amministrativa e contabile e adeguate procedure di controllo interno"¹⁶

Successivamente il principio è stato ribadito e rafforzato dalla Direttiva CRD I, obbligando gli enti creditizi "a predisporre efficaci sistemi di gestione del rischio e sistemi di controllo interno".

¹⁶ Dir. 2000/12/CE, art.17

L'attenzione sin dal principio viene posta, nell'ambito della normativa europea, sulle procedure di controllo interno, necessarie per una sana e prudente gestione dell'attività creditizia.

Nel nostro ordinamento il tema dei controlli interni nell'organizzazione delle banche viene ripreso dalle Disposizioni di Vigilanza della Banca d'Italia emanate nel 2008.

Questo documento, richiamandosi esplicitamente ai principi internazionali, detta delle disposizioni che mirano a un sistema che preveda la divisione chiara delle responsabilità e dei poteri, un bilanciamento di tali poteri, con l'effetto di limitare l'autonomia statutaria delle banche in materia di definizione degli assetti organizzativi.

Novità interessante delle suddette Disposizioni di vigilanza è il richiamo all'importanza dei "flussi informativi" tra i vari organi sociali, in particolare tra quello di gestione e quello di controllo.

Secondo il documento, infatti, le procedure di controllo interno possono essere efficaci solamente se l'organo preposto al controllo è messo in condizioni di ricevere tutte le informazioni necessarie sull'andamento della gestione per valutarne l'adeguatezza¹⁷.

Il quadro europeo successivamente alla crisi ha un'importante evoluzione con la riforma del 2010 che istituisce un sistema europeo di vigilanza, affidando la redazione di regole in materia di vigilanza delle banche a un'agenzia indipendente: l'*European Banking Authority (EBA)*. In materia di Governance bancaria l'EBA ha pubblicato delle *Guidelines* nel 2011 e nel 2012. Una più recente versione delle *Guidelines*, sostitutiva delle precedenti, viene pubblicata nel marzo del

¹⁷ Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche, 2008, par.2.2, p.11.

2018.

A livello normativo l'importanza in tema di governance bancaria, a seguito delle conseguenze della crisi finanziaria, viene riconosciuta esplicitamente con l'emanazione della Direttiva 2013/36/UE (CRD IV). La Direttiva dedica una sezione alla governance (artt. 88-96), ponendola come immediatamente successiva a quella dedicata al trattamento dei rischi.

Da questo si può dedurre che anche per il legislatore europeo post-crisi la governance, nella sua evoluzione di "*risk governance*" è il primo presidio per una sana e prudente gestione di un ente creditizio. La sezione "Governance" della direttiva incide principalmente sulla composizione e i compiti dell'organo di gestione, in particolare specifica che esso ha il potere/dovere di fissare gli obiettivi della società, tenendo conto dei profili di rischio ed è responsabile per questi.

Per quanto riguarda l'organizzazione del consiglio d'amministrazione è richiesta la divisione in comitati per assicurare la partecipazione degli amministratori senza incarichi esecutivi alle decisioni degli amministratori con deleghe esecutive. Inoltre, richiede che i componenti del consiglio d'amministrazione siano soggetti di adeguata professionalità, onorabilità e che non superino i limiti quantitativi relativi al numero di incarichi.

La Direttiva CRD IV ha avuto un impatto notevole perché riporta a livello legislativo taluni principi internazionali, in particolare derivanti dal comitato di Basilea, dando vita a una vera e propria Governance Bancaria Europea¹⁸, che obbliga gli stati a conformarsi alle regole in materia.

¹⁸L. BOSETTI, *Corporate Governance nell'Unione Europea: interventi di armonizzazione e best practices*, Giappichelli, 2017 e Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-11

4. I modelli di amministrazione e controllo dopo la riforma del 2003

Nelle società per azioni esistono più modelli per l'amministrazione e il controllo che predispongono un sistema di ripartizione delle competenze tra organi sociali e la composizione di essi, muovendosi entro gli spazi di autonomia lasciati alle società dalla legge.

Tutti i modelli, quindi, devono garantire il rispetto dei principi sopra richiamati, ma le società sono libere di decidere come dividere le funzioni di amministrazione e controllo. Sia i principi internazionali che quelli comunitari, per la verità, non propendono più per un modello piuttosto che per un altro, ritenendo le disposizioni applicabili a tutte le società, qualunque sia il modello prescelto.

In ambito internazionale i modelli maggiormente utilizzati dalle società per azioni sono il monistico (*one-tier model*), di origine anglosassone, e dualistico (*two-tier model*), di origine tedesca.

Nel nostro ordinamento il modello più utilizzato è un modello "ibrido", denominato tradizionale, che costituisce un'eccezione del nostro paese. Fino alla riforma del diritto societario del 2003 quest'ultimo era l'unico modello che le società per azioni potevano

utilizzare. La riforma invece ha aperto alla possibilità di adottare statutariamente il sistema monistico o dualistico, chiamati “sistemi alternativi di amministrazioni e controllo”, perché operano solo in caso di esplicita previsione statutaria, in mancanza di essa, invece, opera in automatico il modello tradizionale.

4.1. Il modello tradizionale

Il modello tradizionale per l'amministrazione e controllo delle società per azioni costituisce un *unicum* nel panorama internazionale, utilizzato solamente nel nostro ordinamento.

E' importante innanzitutto evidenziare il sistema delle fonti per quanto riguarda i sistemi di amministrazione e controllo.

La disciplina generale per tutte le società per azioni è contenuta nel Codice Civile, per le società che fanno ricorso al pubblico risparmio si applica il Testo Unico della Finanza, per quanto riguarda le banche si applica in aggiunta il Testo Unico Bancario. Il Codice Civile, infatti, prevede una struttura con c.d. “scalini normativi”, con una disciplina di base applicabile a tutte le società per azioni e una disciplina più specifica per società che fanno ricorso al mercato di rischio e società quotate in mercati regolamentati, le c.d. “società aperte”, volta principalmente a limitare l'autonomia statutaria per salvaguardare i profili legati al pubblico risparmio.

Altre fonti normative secondarie applicabili sono i regolamenti,

in particolare della Consob e della Banca D'Italia, mentre per le altre disposizioni applicabili si fa riferimento all'ampia *soft law* in materia, di cui si è trattato in precedenza, e, in particolare, al Codice di Autodisciplina.

Nel sistema tradizionale la gestione della società spetta esclusivamente agli amministratori¹⁹ che compongono obbligatoriamente il consiglio d'amministrazione nelle società aperte. Gli amministratori sono in rapporto diretto con la proprietà della società, in quanto essi sono nominati e revocati dall'assemblea dei soci.

E'frequente nei consigli d'amministrazione il ricorso alle deleghe, attraverso cui vengono delegate funzioni esecutive proprie del consiglio di amministrazione a un comitato esecutivo o a uno o più amministratori delegati.

E'importante sottolineare che l'utilizzo di deleghe non costituisce una deroga all'art 2380bis sopracitato, poiché la gestione della società rimane di competenza del consiglio d'amministrazione nel suo insieme. Innanzitutto, il consiglio stabilisce contenuto e limiti della delega, può impartire direttive e avocare a sé alcune attribuzioni, ma esamina anche i piani strategici, finanziari e industriali e valuta il generale andamento della gestione.

Si delinea quindi un consiglio d'amministrazione composto da amministratori esecutivi, che gestiscono la società per le attività *day-by-day*, e amministratori non esecutivi, che impartiscono le direttive di alta amministrazione e valutano l'attività degli esecutivi.

Quest'ultima funzione è stata definita da più parti in dottrina

¹⁹ L'art.2380-bis è stato introdotto con la riforma del 2003 e chiarisce che la gestione spetta esclusivamente agli amministratori.

come “monitoraggio” degli amministratori non esecutivi²⁰.

L’attività di monitoraggio consiste in quel potere/dovere in capo agli amministratori privi di deleghe gestorie di porre in essere un controllo sull’andamento della gestione.

Questa funzione è rafforzata dalla disciplina che incide sulla composizione del *board* delle società soggette alla disciplina del TUF. La disciplina in questione all’art. 147-ter dispone che almeno un amministratore sia espressione di una lista presentata dalla minoranza dei soci, diversi da quelli di controllo e non collegati con essi, purchè raggiungano una percentuale minima dei partecipanti al capitale sociale.

Inoltre, lo stesso articolo prevede la nomina di almeno un amministratore che abbia gli stessi requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci, due se il consiglio è composto da più di sette amministratori.

La necessità di amministratori indipendenti e di minoranza rafforzano l’attività di monitoraggio del consiglio d’amministrazione, portando all’interno al *board* gli interessi della minoranza da un lato e un giudizio obiettivo e non in conflitto di interesse sulle attività di gestione.

Chiaramente un ruolo chiave è giocato dal significato di indipendenza ai sensi del 147-ter, che richiama esplicitamente l’art. 148, 3° comma, con riferimento ai sindaci. Per indipendenza si intende assenza di qualunque forma di condizionamento legato a interessi con la società, i soci o gli amministratori.

I codici di comportamento e le *best practices* derivanti dai

²⁰ G. FERRARI, *Ruolo degli amministratori indipendenti e Lead Independent Director*, 2005 e R. LENER, *Comitati interni e consiglieri non sorveglianti*, Analisi giuridica dell’economia, il Mulino 2007.

principi internazionali stabiliscono ulteriori requisiti per garantire un'effettiva indipendenza a cui le società possono fare riferimento. Il Codice di Autodisciplina richiede la nomina di un *lead independent director* nei casi in cui: a) sia richiesto dalla maggioranza degli indipendenti b) il principale responsabile del consiglio è anche il presidente c) se il presidente è il soggetto che controlla l'emittente.

Il *lead independent director* ha la funzione di rappresentare le istanze degli indipendenti e collabora affinché ci siano adeguati flussi informativi.

Il TUF prevede anche che sia rispettato l'equilibrio tra generi, affinché il genere meno rappresentato ottenga almeno un terzo degli amministratori all'interno del consiglio d'amministrazione.

La partecipazione di tutti gli amministratori è garantita dall'organizzazione del consiglio d'amministrazione in comitati. I codici di comportamento, sulla scia dei principi internazionali e comunitari, infatti, prevedono che il consiglio si divida al suo interno in comitati, particolarmente per le attività maggiormente sensibili del consiglio d'amministrazione, in cui siano presenti gli amministratori indipendenti.

In particolare, sono previsti il Comitato Nomine, Remunerazione e Controllo e Rischi.

La composizione e l'organizzazione del *board*, attraverso queste disposizioni, raccoglie così giudizi diversi e obiettivi per garantire un'efficace gestione, che sia in grado di tutelare tutti gli interessi in gioco ed evitare abusi da parte degli esecutivi. Per rendere effettiva questa modalità di gestione di eventuali conflitti di interessi è necessaria un'adeguatezza nei flussi informativi (di cui si parlerà ampiamente nel terzo capitolo) all'interno del consiglio tra amministratori esecutivi e

non esecutivi, per permettere a questi ultimi di svolgere efficacemente la funzione di monitoraggio.

Per quanto riguarda il controllo il modello tradizionale affida l'incarico a un collegio sindacale.

Il collegio sindacale è composto da 3 o 5 membri effettivi e due supplenti che siano in possesso dei requisiti di onorabilità e indipendenza. Almeno uno di essi deve essere iscritto all'albo dei revisori contabili. Il collegio sindacale, secondo l'art.2403 del codice civile, è tenuto a vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, sulla corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile. Il Tuf aggiunge il dovere dell'organo di controllo di vigilare sulle concrete modalità di attuazione delle regole di governo societario. I sindaci possono procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e chiedere informazioni agli amministratori sull'andamento delle operazioni sociali.

Il potere più incisivo attribuito dalla legge al collegio sindacale è quello di denuncia al tribunale per eventuali irregolarità nella gestione previsto dall'art.2409. I sindaci sono nominati dall'assemblea e possono essere revocati solo in presenza di giusta causa, con delibera approvata dal tribunale, sentito l'interessato.

In conclusione, il sistema tradizionale prevede una funzione di controllo affidata in prima battuta agli amministratori non esecutivi, nella loro funzione di "monitoraggio" (con un ruolo fondamentale degli indipendenti)²¹, e del collegio sindacale, a cui sono attribuiti poteri più

²¹ G.D. MOSCO, *Rafforzamento dei controlli interni e indebolimenti sistematici degli organi di sorveglianza*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, Il Mulino, 2006

incisivi che lo mettono in relazione con le autorità di vigilanza e con il tribunale.

4.2. Il modello dualistico

La riforma del diritto societario del 2003 ha introdotto nel nostro ordinamento la possibilità di adottare i c.d. sistemi alternativi di amministrazione e controllo per le società per azioni.

Il modello dualistico, nella formulazione del legislatore italiano, presenta delle caratteristiche differenti rispetto al modello originario sviluppato in Germania e esportato in più paesi europei.

La cultura giuridica tedesca²² ha elaborato una struttura in cui la gestione viene affidata esclusivamente agli amministratori, riuniti in un consiglio di gestione (*Vorstand*), ma diversamente dal nostro modello tradizionale, è diversa la modalità attraverso cui la gestione si realizza.

Infatti, se nel modello tradizionale è l'assemblea che autorizza gli amministratori alla funzione gestoria, nel modello dualistico c'è un organo che si interpone tra l'assemblea e il consiglio di gestione: il consiglio di sorveglianza (*Aufsichtsrat*).

Una differenza sostanziale tra il modello dualistico tedesco e quello introdotto nel nostro ordinamento nel 2003 è la politica di

²² M. RONDINELLI, *Il sistema dualistico in Germania e in Italia* e F.BUNGER, *Il modello dualistico nella nuova S.P.A. a confronto con il modello tedesco*, Filodiritto, 2006.

“cogestione” (*Mitbestimmung*), fondamentale nel modello tedesco e totalmente escluso dalla riforma italiana²³.

La *Mitbestimmung* incide sulla composizione del consiglio di gestione, poiché richiede la nomina di un rappresentante dei lavoratori (*Arbeitsdirektor*), affinché vengano tutelate le istanze dei lavoratori nell’attività di gestione. Esso è un amministratore a tutti gli effetti, con particolari competenze in materia di gestione del personale.

Il TUF non prevede l’obbligo di nomina tra i membri del consiglio di gestione di un rappresentante della minoranza né di un amministratore che abbia i requisiti di indipendenza.

Nel nostro ordinamento non è prevista una forma di “cogestione”, volutamente esclusa dalla riforma, probabilmente per via del diverso rapporto nel nostro paese tra le imprese e le rappresentanze sindacali.

Il consiglio di sorveglianza è l’organo peculiare del sistema dualistico, che più lo distingue dagli altri modelli. Si possono dividere le funzioni del consiglio di sorveglianza in tre categorie: funzioni di derivazione assembleare, di alta amministrazione, di vigilanza.

La prima categoria ricomprende la nomina dei componenti del consiglio di gestione e la loro revoca, l’approvazione del bilancio e del bilancio consolidato e la deliberazione sull’azione di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione.

Per quanto riguarda le funzioni di alta amministrazione l’art. 2409-*terdecies* prevede che lo statuto possa attribuire al consiglio di sorveglianza la competenza a deliberare con riguardo “alle operazioni strategiche e ai piani strategici, industriali e finanziari della società

²³ E. ANDRIANI E D. NEUBERGER, *Corporate Governance Bancaria e sistema dualistico: riflessioni sull’esperienza tedesca*, in Banca Impresa Società, Il Mulino, 2007.

predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di questo per gli atti compiuti”.

Va rilevato che questa funzione è caratteristica dell'*Aufsichtsrat* tedesco, che la prevede come obbligatoria, mentre il nostro ordinamento rimette la scelta di attribuire queste competenze all'autonomia statutaria²⁴. Un' ulteriore funzione del consiglio di sorveglianza è quella di vigilanza, tipica del collegio sindacale nel sistema tradizionale.

4.3. Il modello monistico

Il sistema monistico (*one-tier system*) è il modello di amministrazione e controllo più utilizzato a livello comunitario e internazionale dalle società per azioni, sviluppato dalla cultura giuridica anglosassone, in particolare negli Stati Uniti e in Inghilterra (di cui si parlerà dettagliatamente nel prosieguo della trattazione). Questo modello è stato introdotto nel nostro ordinamento con la riforma del diritto societario del 2003 tra i sistemi “alternativi” di amministrazione e controllo, cosicchè attraverso questa introduzione anche le società per azioni italiane hanno la facoltà di adottare questo modello.

Il sistema è detto monistico per via dell'unicità dell'organo in cui vengono riuniti i poteri/doveri di amministrazione e controllo, ossia

²⁴ P.MONTALENTI, *Il sistema dualistico: il consiglio di sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, Il Mulino, 2007

il consiglio d'amministrazione. La differenza principale rispetto al sistema tradizionale è quindi l'assenza di un collegio sindacale.

La funzione di controllo è attribuita a un comitato istituito all'interno del consiglio d'amministrazione, il "comitato per il controllo sulla gestione", la cui indipendenza è garantita dall'obbligo di nomina di un numero pari a 1/3 degli amministratori tra coloro che si trovano in possesso dei requisiti di indipendenza stabiliti dalla legge per i sindaci. Il consiglio di amministrazione è nominato dall'assemblea, mentre i componenti del comitato sono nominati direttamente dal consiglio d'amministrazione, scegliendo tra i soggetti in possesso dei requisiti di indipendenza.

Ovviamente questi amministratori indipendenti, che compongono il comitato per il controllo sulla gestione, non possono svolgere funzioni esecutive, né possono essere attribuite particolari deleghe e almeno uno di essi deve essere iscritto al registro dei revisori legali.

Possiamo notare che si delinea un modello particolarmente flessibile e snello in cui sono facilitati i flussi informativi e le procedure decisionali, essendo maggiore la vicinanza tra l'organo di gestione e quello di controllo, quindi più rapida e efficace la trasmissione delle informazioni riguardo ai fatti di gestione.

Le criticità di questo modello, così come introdotto dal nostro legislatore, che verranno analizzate più dettagliatamente nell'ultimo capitolo, sono state rilevate in particolare nella nomina e nella revoca dei componenti del comitato per il controllo interno sulla gestione²⁵.

²⁵ *Diritto e pratica delle società*, a cura della Commissione di diritto societario dell'ordine dei dottori commercialisti ed esperti contabili, Il Sole 24 ore, 2011 e G.D. MOSCO E S. LOPREIATO, *Brevi note su opportunità e limiti attuali del sistema monistico*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, Il Mulino, 2016.

Per quanto riguarda la nomina una possibile fragilità del modello che è stata sottolineata dopo l'entrata in vigore della riforma è quella per cui, a differenza del modello tradizionale in cui il collegio sindacale è nominato dall'assemblea, nel modello monistico il soggetto controllante è nominato dal soggetto controllato, esponendo la questione delle nomine a pericoli di collusione.

Per quanto riguarda la revoca dei componenti del comitato per il controllo interno sulla gestione, in assenza di una specifica norma, si applica la disciplina del sistema tradizionale per gli amministratori, secondo cui essi sono revocabili dall'assemblea dei soci *ad nutum*, salvo il diritto al risarcimento dei danni in assenza di giusta causa. Questa modalità di revoca dei soggetti deputati al controllo è molto differente da quella prevista per il collegio sindacale, che, come sottolineato in precedente, prevede l'approvazione del tribunale per la revoca dei sindaci, per garantirne la stabilità. Per le banche invece le Disposizioni di Vigilanza della Banca d'Italia richiedono che la revoca dei componenti del comitato sia "debitamente motivata"²⁶.

CAPITOLO II:

Analisi comparata del modello monistico in Francia e in Inghilterra

²⁶ Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario, Banca D'italia, 2008, Linee applicative, 2) lett.d.

1. La corporate governance nel diritto inglese

La riforma del diritto societario introdotta nel nostro ordinamento nel 2003, in vigore dal 1° gennaio 2004, ha introdotto nel nostro ordinamento due modelli di amministrazione e controllo importandoli da altri ordinamenti: il sistema monistico, dal diritto anglosassone, e il sistema dualistico, dal diritto tedesco.

Nel seguito della trattazione verranno approfonditi i profili caratteristici del sistema monistico e della sua possibile evoluzione, con particolare riferimento al governo delle società bancarie. A tal fine è necessario comprendere l'origine e gli sviluppi del sistema monistico e la sua applicazione nel paese d'origine.

Nel Regno unito le regole sulla Corporate Governance si applicano a *companies* in cui gli assetti proprietari sono di tipo “*outsider*”, pertanto, la partecipazione al capitale è diffusa fra il pubblico e il mercato è particolarmente aperto²⁷.

Questo modello è molto diffuso nelle società statunitensi e britanniche e si contrappone a quello di tipo “*insider*”, in cui il controllo delle società è in mano a pochi proprietari che detengono quote molto alte di capitale. In un contesto di tipo “*insider*” solo una minore partecipazione al capitale è distribuita fra il pubblico e il mercato è meno aperto agli investitori. Questo invece è il modello prevalente dell'Europa continentale e del Giappone²⁸.

²⁷ Per quanto riguarda il modello insider-outsider vedi: LA PORTA, LOPEZ-DE SILANES, SHLEIFER, VISHNY, *Legal determinants of external finance* in *The Journal of Finance*, 1997

²⁸ M. BORGHI, *Corporate Governance*, Egea Editore, 2016

La differenza negli assetti proprietari si riflette sulle differenze nella disciplina del governo societario, poiché gli obiettivi sono diversi. L'obiettivo primario delle regole del diritto inglese in materia di governo societario sono volte a tutelare l'investitore e il valore del suo investimento di fronte a possibili abusi da parte del *management*, che essendo lontano quanto a legami con la proprietà della società, può avere scopi differenti dai soci e attuare la gestione con modalità potenzialmente dannose per la società²⁹.

L'ordinamento inglese in questa materia è definito “*principle-based*”³⁰, dunque sono fondamentali i principi e gli standard, applicati tramite il meccanismo del “*comply or explain*”, di cui si è parlato nel primo capitolo, che nel Regno Unito è il principale strumento per l'applicazione delle regole in materia di governo societario.

Nel nostro ordinamento invece, l'autodisciplina non è lo strumento principale, ma è posta a supporto della legge che stabilisce i principi generali cui le società si devono conformare.

Il primo fondamentale documento, considerato una pietra miliare in materia di *corporate governance*, è il *Cadbury Report*, intitolato *Financial aspects on Corporate Governance*, emanato dall'omonimo comitato nel 1992, presieduto da Adrian Cadbury, chiamato a redigere il documento a seguito dei gravi scandali che coinvolsero varie società inglesi³¹.

²⁹ Si richiama nuovamente la *Agency Theory*, alla base della Corporate Governance anglosassone.

³⁰ Cfr. PRICE, M., HARVEY, C., MACLEAN, M. AND CAMPBELL, D. (2018), *From Cadbury to Kay: discourse, intertextuality and the evolution of UK corporate governance*, *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, Vol. 31 No. 5, pp. 1542-1562.

³¹ In particolare fu decisivo il caso della *Maxwell Communication*, una società quotata presso il London Stock Exchange, che contrasse enormi debiti a seguito di attività altamente rischiose, coperti con risorse derivanti da fondi pensionistici delle società controllate.

Questo documento contiene un insieme di raccomandazioni e *best practices*, derivanti dalle esperienze raccolte dalle società ed è stato il punto di riferimento per tutti i codici di comportamento pubblicati successivamente in gran parte degli ordinamenti.

La parte centrale del *Cadbury Report* è costituita dal *Code of Best Practices* rivolto ai consigli d'amministrazione delle società ammesse al *London Stock Exchange*³². Le raccomandazioni prevedono un consiglio di amministrazione che racchiude al suo interno le funzioni di gestione e di controllo, affidate al *board* nel suo insieme. A tal fine richiede come obbligatoria la nomina di *directors* esecutivi, con particolari competenze che li rendono idonei a gestire il *business*, e *directors* non esecutivi, in grado di fornire un punto di vista diverso sulla gestione, sotto la supervisione di un *chairman*, il presidente del consiglio d'amministrazione, che ricopre un ruolo fondamentale di equilibrio e bilanciamento degli interessi all'interno del *board*³³.

Obbligatoria anche l'istituzione di un *audit committee*, un comitato interno al consiglio, titolare della funzione di controllo, composto da amministratori indipendenti.

Secondo il *Cadbury Report*, indipendentemente dalle funzioni e dalle deleghe di ciascun amministratore, è l'intero consiglio d'amministrazione, considerato come collettivo, il responsabile della gestione di fronte all'assemblea dei soci.

Emerge quindi l'idea di un consiglio di amministrazione unitario, in cui sono racchiuse tutte le funzioni, sia di amministrazione

³² Rappresentanti del London Stock Exchange, la borsa valori di Londra, parteciparono alla redazione del *Cadbury Report* in modo tale da fornire alle società ammesse alla quotazione un codice di comportamento che garantisse la tutela degli investitori contro possibili abusi del *board of directors*.

³³ *Cadbury Report*, Committee on Financial Aspects of corporate *governance*, 4.1, 1992.

che di controllo, e le responsabilità per l'andamento della gestione.

Il codice contenuto all'interno del Rapporto Cadbury viene rivisitato nel 2003 da Derek Higgs, su commissione del governo, a seguito di altri fallimenti di numerose società americane. La revisione di Higgs porta a raccomandazioni che vengono introdotte nel codice, definito “*Combined Code*” per combinazione tra il codice del *Cadbury Report* con le revisioni successive.

L'obiettivo della revisione del 2003 è il rafforzamento delle funzioni degli amministratori non esecutivi concentrando alcune competenze del *board* in mano ad amministratori indipendenti, in modo tale da potere valutare efficacemente le *performance* degli amministratori esecutivi³⁴.

Successivamente, la crisi finanziaria 2007-2009 porta alla luce ulteriori inefficienze e debolezze nella *corporate governance*, per cui si rende necessaria una nuova revisione del codice. Risultato della revisione è una nuova versione del codice applicabile a tutte le società quotate: il *UK Corporate Governance Code*.

Il codice è stato poi soggetto a ulteriori revisioni, da ultimo nel 2018 è stata pubblicata la più recente versione, focalizzandosi sulle linee applicative, senza modificare i principi³⁵.

Quello che emerge dal codice, dal *Cadbury Report* fino alla più recente versione, e dalla cultura giuridica britannica in tema di governo societario è la centralità della salvaguardia degli interessi degli *shareholders*, considerato soggetto debole e meritevole di tutela. La responsabilizzazione del *board* e il rafforzamento dei controlli ad opera

³⁴ DONALD NORDBERG E TERRY MCNULTY, *Creating better boards through codification: Possibilities and limitations in UK corporate governance*, 1992–2010 Pp. 348-374, 2012

³⁵ *UK Corporate Governance Code*, Reporting on the Code, Introduzione, p.2.

degli amministratori non-esecutivi e degli indipendenti nella loro funzione di monitoraggio delle performance sono volte a tutelare gli interessi dei soci, piuttosto che quelli di altri *stakeholders*.

La *corporate governance* nel Regno Unito, infatti, differentemente da altri ordinamenti europei, si ispira al c.d. “*shareholder model*”, che pone gli azionisti in posizione privilegiata rispetto agli altri *stakeholders*³⁶.

1.1. *Il sistema monistico in Inghilterra*

Il sistema monistico per l'amministrazione e controllo in Inghilterra è obbligatorio, nel senso che le società non possono scegliere di adottare un modello differente. Nel Regno Unito la disciplina sul comitato per il controllo interno era prevista solo a livello di autodisciplina nello *UK Corporate Governance Code*, ma la necessità di adeguarsi alle direttive europee³⁷, ha portato alla modifica delle *Disclosure and Transparency Rules*, con l'introduzione del capitolo 7.1. Le *Disclosure and Transparency Rules* contengono una serie di regole previste per le società di maggiori dimensioni, pubblicate dalla *Financial Conduct Authority*³⁸. Emerge un quadro normativo in cui le *Disclosure and Transparency Rules* prevedono i requisiti minimi dell'*audit committee*,

³⁶ SIMON DEAKIN AND SUZANNE J. KONZELMANN, *Shareholder Primacy and the Trajectory of UK Corporate Governance* John Armour, *British Journal of Industrial Relations*, pp. 531-555, 2003

³⁷ In particolare, nel 2006 viene emanata la direttiva sulla revisione legale dei conti, la Direttiva 2006/43/CE

³⁸ La *Financial Conduct Authority*, o FCA, è un ente indipendente di regolamentazione finanziaria della Gran Bretagna per le società finanziarie che si rivolgono a consumatori inglesi ed europei.

mentre regole più dettagliate e linee applicative sono contenute nello *UK Corporate Governance Code*³⁹.

Le DTR richiedono che la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione sia composta da indipendenti, di cui almeno uno in possesso dei requisiti per la revisione legale. Prevede poi le funzioni minime che l'*audit committee* deve svolgere: a) monitoraggio del *reporting* finanziario, b) monitoraggio sui controlli interni, c) monitoraggio sull'attività del revisore legale, sulla sua indipendenza e sull'eventuale prestazione di servizi *non-audit*⁴⁰.

Lo *UK Corporate Governance Code*, invece, prescrive regole più dettagliate sulla composizione dell'*audit committee*, stabilendo il numero minimo di tre componenti non esecutivi e indipendenti, due per società di minori dimensioni⁴¹.

Per quanto riguarda i compiti dell'*audit committee* sono gli stessi previsti dalle DTR, ma con delle declinazioni più dettagliate. Nello specifico all'*audit committee* devono essere attribuite le seguenti funzioni: a) monitoraggio sull'informazione finanziaria e su ogni comunicazione al pubblico relativa alla performance finanziaria, b) se richiesto dal consiglio d'amministrazione, fornire un parere sui documenti contabili, sulla loro idoneità ad essere "*fair, balanced and understandable*" e se forniscono un quadro tale da permettere agli azionisti di valutare adeguatamente la condizione finanziaria dell'emittente, c) monitoraggio sul sistema di controllo interno e sulla gestione del rischio, salvo che quest'ultima non sia attribuita ad altro organo, d) monitoraggio su nomina, revoca, remunerazione del

³⁹ ASSONIME, Note e studi 2/2019, Sul modello monistico di governo societario, p.17

⁴⁰ *Disclosure and Transparency Rules*, Financial Conduct Authority, Cap. 7.1.1 e 7.1.3.

⁴¹ *UK Corporate Governance Code*, Financial Reporting Council, Sec. 4 ,n. 24.

revisore, sulla sua indipendenza e sull'eventuale prestazione dei servizi *non-audit*, fornendo proposte e raccomandazioni⁴².

Per svolgere efficacemente le funzioni attribuite, è necessario che gli amministratori che compongono l'*audit committee* siano effettivamente in possesso del requisito di indipendenza.

Se nella cultura statunitense viene considerata di primaria importanza l'indipendenza, nell'ordinamento britannico viene posto l'accento anche sulla professionalità e l'esperienza dei componenti del comitato, cosicché una differenziazione delle esperienze individuali possa arricchire la dialettica e la funzione di monitoraggio⁴³ all'interno del *board*.

La funzione di monitoraggio è considerata essenziale nel sistema monistico anglosassone, tanto che il modello è stato definito "*monitoring board model*"⁴⁴. Volendo giungere a una sintesi, il modello anglosassone, di ispirazione per le esperienze di governo societario internazionali, si fonda su una ripartizione netta all'interno del *board* tra amministratori esecutivi, i veri e propri *managers*, e amministratori non-esecutivi, che svolgono la funzione di monitoraggio.

Tra questi ultimi spiccano gli amministratori indipendenti, tra cui vengono scelti i componenti dell'*audit committee*, responsabile della funzione stessa di monitoraggio sulla gestione, sul sistema dei controlli interno, e sull'attività del revisore dei conti.

⁴² UK Corporate Governance Code, Sec.4, n.25.

⁴³ GAETANO PRESTI, FRANCO M. MACCABRUNI, *Gli amministratori indipendenti: mito e realtà nelle esperienze anglosassoni*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, Il Mulino, 2003, pp. 97-114

⁴⁴ M.A. EISENBERG, *The Board of Directors and Internal control*, *Cardozo Law Review*, 1997-1998

1.1. La governance delle banche

Il tema della *governance* delle banche ha suscitato un ampio dibattito in Inghilterra dopo la crisi finanziaria 2007-2009, che portò alla luce le debolezze dei sistemi di *governance* e i necessari adeguamenti ed accortezze per quello che riguarda le banche di maggiori dimensioni. Nel Regno Unito il dibattito portò il primo ministro dell'epoca, Gordon Brown, a commissionare a David Walker una revisione delle regole di *corporate governance* per le banche e gli altri istituti finanziari⁴⁵.

Una prima versione della revisione (The “Draft Review”) venne pubblicata nel luglio del 2009, per un periodo di consultazione. La versione definitiva venne poi pubblicata nel novembre dello stesso anno⁴⁶.

Si tratta di un documento molto significativo, contenente 39 raccomandazioni⁴⁷, applicate tramite il meccanismo del “*comply or explain*” dalle banche e dagli istituti finanziari di maggiori dimensioni,

⁴⁵ Nel commissionare il lavoro venne utilizzato l'acronimo BOFI (*banks and other financial institution*) per indicare gli enti destinatari della revisione.

⁴⁶ Per un'analisi più approfondita del Walker Review: SARKAR, TIHIR; JAY, SIMON; MANLEY, GARRY , *An Analysis of the Walker Review of Corporate Governance in U.K. Banks and Other Financial Institutions*, The Banking law journal , 2010 e LI, CARMEN A; WEARING, ROBERT T, *Risk management and non-executive directors in UK quoted banks and other financial institutions*, International journal of disclosure and governance. , 2012

⁴⁷ Molte delle raccomandazioni sono state inserite nelle *rules* o nelle *guidelines* del Financial Reporting Council e del Financial Services Autorità, le autorità di regolazione britanniche rispettivamente per il *reporting* e per la *governance* la prima e per i servizi finanziari la seconda.

in particolare dalle c.d. “*major banks*”⁴⁸.

Il *Walker Review* divide le raccomandazioni individuando cinque aree di interesse: a) composizione e struttura del *board*; b) funzionamento del *board* e valutazione delle *performance*; c) il ruolo degli investitori istituzionali; d) *risk governance*; e) remunerazione.

Nell’analisi di Walker è necessario che i *non-executive directors*⁴⁹ nel *board* delle maggiori banche siano in grado di esercitare un controllo effettivo sulla gestione e sulla *performance* degli esecutivi. A tal proposito è interessante la dichiarazione contenuta nell’introduzione in cui si afferma che <<a combination of financial industry experience and independence of mind will be much more relevant than a combination of lesser experience and formal independence⁵⁰>>.

Nel testo, dunque, si insiste sull’effettiva indipendenza piuttosto che sul formale rispetto dei requisiti di indipendenza, così da poter fornire un giudizio obiettivo sulle decisioni degli esecutivi. Ancor più nelle banche e nei grandi istituti finanziari è richiesta la comprovata professionalità e competenza degli amministratori.

Raccomanda per le “*major banks*” l’istituzione di un *risk committee*, obbligatoriamente separato dall’*audit committee*⁵¹, formato da amministratori non esecutivi e presieduto dal CRO (*chief risk officer*), facendo riferimento al concetto di *risk governance*⁵², già

⁴⁸ DAVID WALKER, *A review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities Final recommendations*, prefazione.

⁴⁹ Walker definisce l’insieme degli amministratori non esecutivi all’interno del *board* con l’acronimo NEDs.

⁵⁰ David Walker, *A review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities Final recommendations*, Executive Summary and Raccomandazioni, p.12

⁵¹ David Walker, *A review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities Final recommendations*, Raccomandazione n.23

⁵² Vedi *supra* par. 1.2.2.

trattato nel precedente capitolo e divenuto di grande interesse a seguito della recente crisi finanziaria.

Il *risk committee* ha la responsabilità sulla vigilanza e sulla consulenza in materia di esposizione al rischio, *risk strategy*, con particolare riferimento al capitale e alla liquidità.

L'obiettivo del *Review* di Walker è quello di mettere in risalto il ruolo degli amministratori non-esecutivi, fondamentali per il controllo interno, in particolare nell'ambito della valutazione dei rischi di una banca. Secondo Walker però, oltre alla scarsità dei controlli interni, sono state decisive per il fallimento delle grandi banche che ha dato origine alla crisi le mancanze nella regolazione finanziaria⁵³.

Le regole in materia di governance, per le banche, richiedono ulteriori accorgimenti in materia di rischi, considerati di primaria importanza nella gestione delle banche. Si parla quindi di *risk governance*, intesa come struttura del *board* orientata al controllo sui rischi derivanti dall'attività creditizia, ma anche di *risk management*, per cui gli amministratori esecutivi devono considerare la valutazione e la gestione dei rischi come una priorità della gestione⁵⁴.

In conclusione, nel Regno Unito il sistema monistico per le società che svolgono attività creditizia affida il controllo sulla gestione e sui rischi a comitati interni, rispettivamente *audit committee* e *risk committee*, ad amministratori non esecutivi, i veri protagonisti del controllo sulla gestione, a cui vengono affidati, oltre al generale compito di monitoraggio, poteri più specifici che si possono sostanziare in redazione di documenti, pareri, segnalazioni in base al comitato di

⁵³ LI, ROBERT, *Risk management and non-executive directors in UK quoted banks and other financial institutions*, International journal of disclosure and governance., 2012

⁵⁴ Cfr. KOSE, DE MASI, PACI, *Corporate Governance in banks*, in Corporate Governance An International Review, 2016

cui fanno parte. L'importanza del ruolo che svolgono gli amministratori non esecutivi presuppone un'attenzione particolare nella fase di nomina degli stessi, con riferimento al rispetto dei requisiti di indipendenza, qualora necessario, e di professionalità.

Questi ultimi requisiti, perché il sistema dei controlli sia efficace, devono essere valutati in maniera effettiva, dando rilievo più alla sostanza che alla forma.

2. La corporate governance nel diritto francese

Come si è osservato per l'ordinamento inglese, esiste una relazione tra il sistema di *corporate governance* e la struttura proprietaria⁵⁵. In Francia la *corporate ownership* è di tipo *insider*, ossia molto concentrata (spesso nelle mani di famiglie), in cui il ricorso al pubblico come forma di finanziamento per le società è limitato, prediligendo invece l'auto-finanziamento⁵⁶.

La concentrazione della proprietà in massicce partecipazioni azionarie rende più stretto il legame tra proprietà e controllo. Gli azionisti, infatti, partecipano attivamente al *management*, riducendo la

⁵⁵ R. LA PORTA, F. LÒPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER, *Corporate ownership around the world*, in *The Journal of Finance*, vol. 54, n.2, aprile 1999, p.491.

⁵⁶ A.E. MURPHY, *Corporate Ownership in France, the importance of History*, in Morck R.K., *A History of Corporate Governance around the World: Family Business Groups to Professional Managers*, University of Chicago Press, 2005, p.186

separazione tra proprietà e controllo⁵⁷. In questa situazione si avverte l'esigenza di una tutela degli azionisti di minoranza, a fronte di possibili abusi di una maggioranza fortemente legata all'amministrazione.

Un impatto decisivo sulla struttura proprietaria e sulla *corporate governance* lo ha avuto il ruolo dello Stato e delle partecipazioni pubbliche⁵⁸. Fino alla metà degli anni '80 in Francia lo Stato deteneva importanti partecipazioni nelle maggiori società francesi, esercitando un controllo significativo.

Successivamente venne messo in atto un processo di privatizzazione delle imprese pubbliche e di dismissione delle partecipazioni statali⁵⁹. Le partecipazioni furono cedute a blocchi, in mano a pochi azionisti in grado di esercitare un controllo stabile e duraturo⁶⁰. Questa scelta è stata particolare, poiché creò un'alternativa alla cessione al mercato, composto da miriadi di piccoli azionisti.

Dopo una battuta d'arresto nelle privatizzazioni dovuta al cambiamento di governo, nel 1992 le maggiori imprese francesi erano ancora a partecipazione statale⁶¹. Per questo nel 1993 fu emanata la legge sulle privatizzazioni⁶², con l'obiettivo di concludere le cessioni degli anni precedenti, cercando questa volta di aprirsi al mercato

⁵⁷ L. PATELLI, A. PRENCIPE, *The relationship between Voluntary Disclosure and Independent Directors in the Presence of a Dominant Shareholder*, in *European accounting review*, vol. 16, n. 1, 2007, p. 11.

⁵⁸ Per maggiori approfondimenti cfr. A. GOLDSTEIN, *Privatizzazione e corporate governance in Francia*, Moneta e Credito, 2013

⁵⁹ Nel 1986 il governo Chirac mise in atto il processo di privatizzazione istituendo una commissione *ad hoc*, *la commission de la privatization*, con il compito di vigilare e guidare il processo.

⁶⁰ Si parla del c.d. "*noyau dur*", il nocciolo duro di azionisti a cui furono cedute le partecipazioni

⁶¹ Lo stato deteneva partecipazioni di controllo nei settori bancario, assicurativo, trasporti energia e telecomunicazioni.

⁶² Legge sulle privatizzazioni, n. 923 del 19 Luglio 1993.

diffuso. Nonostante in molte imprese fu dismessa la partecipazione statale, la Legge del 1993 concedeva allo Stato le *golden shares*, qualora previste nello statuto, con la possibilità di nominare amministratori, di opporsi alla vendita di determinati beni e di opporsi all'acquisto di partecipazioni di investitori esteri.

Gli assetti proprietari, così strutturati, hanno avuto un'influenza decisiva sulle regole di governance che caratterizzano l'ordinamento francese. In Francia, come nel resto dell'Europa, la disciplina proviene per lo più da fonti di autoregolamentazione, tramite codici di autodisciplina, mentre limitati sono stati gli interventi legislativi. Nel 1995, fu istituita una commissione per definire gli aspetti principali dei consigli d'amministrazione delle società quotate, composta da due associazioni: MEDEF (*Mouvement des entreprises de France*) e AFEP (*Association français des entreprises Privées*), sotto la guida del presidente di *Société Générale*, Marc Vienot.

La commissione pubblicò un breve documento di 24 pagine, contenente raccomandazioni la *governance* delle società quotate. Prima di questo documento il problema del "*gouvernement d'entreprises*" era stato pressochè ignorato. Con la pubblicazione del *Vienot Report* comincia il dibattito in Francia sulla *corporate governance*⁶³.

Il rapporto del 1995 (chiamato *Vienot 1*) venne completato nel 1999 (*Vienot 2*). I due rapporti della commissione si concentrarono sulle funzioni, la composizione e la struttura del consiglio d'amministrazione, raccomandando per la prima volta la nomina di amministratori indipendenti.

⁶³MAIRI MCLEAN, *Corporate Governance in France and the UK: Long-Term Perspectives on Contemporary Institutional Arrangements*, pp. 88-116 24, 2006

Una nuova commissione fu istituita nel 2002, a seguito degli scandali finanziari di quegli anni, con il compito di aggiornare le raccomandazioni e rafforzare la loro applicazione. La commissione fu presieduta dal nuovo presidente di *Société Générale*, Daniel Bouton.

Il *Bouton Report* introduce la raccomandazione di istituire comitati interni al consiglio in settori sensibili, in particolare, *audit*, remunerazione e nomine. Nel 2003 le raccomandazioni del *Vienot Report* e del *Bouton Report* vennero riorganizzate e unificate, andando a forma l'attuale *Code de gouvernement des entreprises des sociétés cotées*, c.d. "Codice AFEP-MEDEF."

La normativa primaria francese⁶⁴ prevede che le *sociétés anonymes*⁶⁵ possano scegliere tra due sistemi di amministrazioni e controllo: il sistema monistico e dualistico, simili ai modelli originari tedesco e anglosassone, pur presentando alcune variazioni. La Francia adotta quindi un modello "opzionale"⁶⁶, secondo cui le società possono scegliere alternativamente tra i due modelli.

⁶⁴ In particolare, la Loi 537/1996 (Loi sur les sociétés commerciale, con i successivi interventi normativi), Loi 420/2001 (Loi sur les nouvelles regulations économiques) e Loi 706/2003 (Loi sur la sécurité financière).

⁶⁵ Le corrispondenti francesi delle nostre società per azioni.

⁶⁶ L'OECD ha suddiviso gli Stati in base alla possibilità che da la legge nazionale alle società di scegliere o meno tra i modelli di amministrazione. Sono stati suddivisi in: stati che prevedono solo il sistema monistico (Australia, Belgium, Canada, Chile, Colombia, Greece, Hong Kong, Iceland, Ireland, Israel, Korea, Mexico, Saudi Arabia, Singapore, Spain, Sweden, Turkey, UK, US), solo il sistema dualistico (Argentina, Austria, China, Estonia, Germany, Indonesia, Latvia, Poland, Russia, South Africa), un modello opzionale tra i due sistemi (Brazil, Czech Republic, Denmark, Finland, France, Hungary, Luxembourg, Netherlands, Norway, Slovenia, Slovak, Switzerland) e un modello "ibrido" che prevede un sistema tradizionale nazionale oltre all'opzione tra i due sistemi classici (Italy, Japan, Portugal). Tra gli Stati che adottano il modello opzionale la Francia è quello in cui il monistico a un peso maggiore, superando l'80%. (Dati OECD, *Factbook* 20017)

2.1. Il codice AFEP-MEDEF

Il *Code de gouvernement d'entreprises*, conosciuto con il nome di *Code AFEP-MEDEF*, è stato oggetto di numerose modifiche ed evoluzione dalla sua prima pubblicazione sino ad oggi. Nel 2013 è stato istituito l'*Haute comité de gouvernement d'entreprise* (Alto comitato per il governo societario), con il compito di assicurare l'applicazione delle regole del codice e di fornire un supporto alle società⁶⁷.

Per l'applicazione delle raccomandazioni contenute nel codice vige il principio del "*comply or explain*" (*appliquer ou expliquer*), che viene definito dal codice stesso la "*règle fondamentale*"⁶⁸.

Il codice si applica alle società per azioni quotate in mercati regolamentati⁶⁹, ma alcune disposizioni sono applicabili anche alle società non quotate.

Nella prima raccomandazione viene specificata la missione principale del consiglio d'amministrazione: lo svolgimento delle proprie funzioni nell'interesse della società, promuovendo la creazione di valore a lungo termine⁷⁰. Il codice ribadisce inoltre la possibilità di scegliere tra un modello monistico o dualistico, in applicazione della legge.

⁶⁷ L'*Haute comité de gouvernement d'entreprise* è composto da quattro dirigenti professionali e tre soggetti qualificati.

⁶⁸ Codice AFEP-MEDEF, par.27.2., p.31

⁶⁹ Nel 2009 è stato elaborato il codice MIDLLENEXT per le PMI quotate, non alternativo, ma cumulativo al codice AFEP-MEDEF.

⁷⁰ *Code de gouvernement des entreprises*, 1.1.

Un'altra alternativa prospettata dal codice è quella tra la separazione delle funzioni di presidente del consiglio d'amministrazione e amministrazione e l'unicità delle funzioni in capo allo stesso soggetto.

Il codice non esprime il proprio favore per l'una o l'altra soluzione, ma nel caso in cui le funzioni siano riunite richiede la nomina di un rappresentante degli amministratori indipendenti (*lead independent director*) con il compito di coadiuvare il presidente nel compito di coordinamento degli interessi all'interno del *board*.⁷¹

Per quanto riguarda la composizione del consiglio d'amministrazione la particolarità più significativa riguarda la partecipazione dei lavoratori, richiamando al concetto di *Mitbestimmung* di derivazione tedesca. Il *Code de commerce* prevede che nel caso in cui i dipendenti della società o di società controllate detengano una partecipazione del 3% del capitale sociale essi possano nominare un amministratore⁷².

Lo statuto inoltre può prevedere che siano nominati degli amministratori in rappresentanza dei lavoratori. Il numero di amministratori rappresentanti dei lavoratori può arrivare fino a un terzo dei membri del consiglio d'amministrazione nelle società quotate⁷³.

Il codice AFEP-MEDEF riguardo agli amministratori rappresentanti dei lavoratori, eletti all'interno del consiglio in queste due modalità, stabilisce che devono avere gli stessi diritti, gli stessi obblighi e le stesse responsabilità di tutti gli altri amministratori⁷⁴. In questo modo il codice stimola una partecipazione effettiva dei

⁷¹ *Code de gouvernement des entreprises*, 3.1-3.4.

⁷² *Code de commerce*, L225-23

⁷³ *Code de commerce*, L225-27 e L225-27.1.

⁷⁴ *Code de gouvernement des entreprises*, 7.1-7.3.

lavoratori alle decisioni strategiche del consiglio d'amministrazione.

Il codice AFEP-MEDEF richiede che la metà del consiglio d'amministrazione deve essere composto da indipendenti⁷⁵. Un amministratore è considerato indipendente, ai sensi del codice, se non ha nessuna relazione con la società, società del gruppo o con l'amministrazione che possa interferire con la sua "libertà di giudizio".

In continuità con quanto disposto dalle *best practices* internazionali e comunitarie è prevista la divisione del *board* in comitati, in particolare nomine, *audit* e remunerazione.

Pur essendo il Codice AFEP-MEDEF il testo di riferimento in materia di *corporate governance* delle società quotate francesi, questo non è l'unico testo di *soft law* utilizzato in Francia.

Altre due associazioni hanno redatto regole di comportamento per i settori di riferimento: l'AFG (*Association Française de la gestion financière*) e l'AMF (*Association Française des marchés financiers*). L'AFG è l'associazione che rappresenta i professionisti che si occupano della gestione finanziaria delle partecipazioni nelle società quotate⁷⁶. L'AMF invece è l'associazione dei professionisti nel settore dei mercati finanziari⁷⁷. Non essendo state rappresentate nel comitato *Vienot*, queste due associazioni hanno emanato raccomandazioni per indirizzare l'attività dei propri associati.

2.2. Il sistema monistico in Francia

⁷⁵ Il numero deve corrispondere a un terzo se la società è controllata da altra società.

⁷⁶ Raccomandazioni AFG, 2013

⁷⁷ Raccomandazioni AMF, 2010-2012

Come evidenziato nel precedente paragrafo il legislatore francese ha adottato un modello “opzionale” per quanto riguarda la scelta dei sistemi di amministrazione e controllo, secondo cui le società per azioni quotate possono scegliere se utilizzare il sistema monistico o il sistema dualistico. Va sottolineato, però, che tra i paesi che hanno adottato un modello opzionale la Francia è quello in cui il sistema monistico ha il peso maggiore. Più dell’80% delle società, infatti, utilizzano il sistema monistico⁷⁸.

Inoltre, a riprova del maggiore peso del modello monistico nella *corporate governance* francese, le raccomandazioni del Codice AFEP-MEDEF sono formulate con riferimento al consiglio d’amministrazione del modello monistico.

Lo stesso codice richiede adattamenti alle raccomandazioni per le società che optano per il modello dualistico.

Secondo il Codice AFEP-MEDEF la qualità del consiglio d’amministrazione dipende dalla sua composizione. In particolar modo richiede come indirizzo generale che il *board* sia equilibrato nella sua composizione, nelle competenze ed etica dei suoi membri⁷⁹. Come richiesto anche dagli *standard* internazionali il consiglio di amministrazione dovrebbe avere al suo interno membri che siano portatori di interessi differenziati fra loro, con diverse esperienze e competenze. Tra di essi almeno la metà devono essere indipendenti,

⁷⁸ Elaborazioni di Assonime in base ai dati tratti dal *OECD Corporate Governance Factbook 2017* e dalle statistiche della World Federation of Exchanges.

⁷⁹ *Code de gouvernement des entreprises*, art. 6.

ossia non devono avere nessuna relazione con la società, con società del gruppo o i loro amministratori.

Gli indipendenti nella *governance* francese hanno un ruolo fondamentale, per questo l'autodisciplina richiede che essi ricoprano funzioni strategiche all'interno del *board*, specialmente all'interno dei comitati endoconsiliari. Anche l'istituto della rappresentanza dei lavoratori all'interno dell'organo di gestione è necessario per garantire quella diversità nella composizione del *board*, affinché anche gli interessi dei lavoratori siano adeguatamente rappresentati nelle decisioni. Rientrano nel tema della diversità del *board* anche la presenza di donne con incarichi esecutivi⁸⁰ e i requisiti di internazionalità richiesti dagli *standard* internazionali, utilizzati come riferimento dai codici di comportamento francesi⁸¹.

Per quanto riguarda la struttura e il funzionamento del *board* è richiesta la divisione in comitati endoconsiliari. La necessità di avere dei comitati è avvertita maggiormente in Francia, poiché la proprietà concentrata e la possibile vicinanza tra proprietà e gestione, richiede che alcune materie siano gestite in maniera corretta e trasparente. Sono considerate materie sensibili le nomine, la remunerazione e l'*audit*, che merita un approfondimento specifico, essendo la particolarità del modello monistico.

A norma del *Code de commerce* le società quotate e le società che superano determinate soglie dimensionali devono istituire un comitato per il controllo interno (*Le comité d'Audit*). Il comitato deve

⁸⁰ Su questo tema è intervenuta la legge *Copè-Zimmerman* richiedendo un progressivo adeguamento del *board* alla c.d. femminilizzazione. In pochi anni fino al 40% del *board* dovrebbe essere composto da donne.

⁸¹ Non esiste ancora una norma che stabilisca regole in tal senso, ma è un criterio seguito dalle società francesi

svolgere le seguenti funzioni: a) monitora l'informazione finanziaria e fornisce raccomandazioni al consiglio d'amministrazione; b) monitora le procedure di controllo interno; c) monitora l'attività del revisore, la nomina e la sua indipendenza, esprimendo, ove richiesto, raccomandazioni⁸².

Per quanto riguarda la sua composizione il Codice AFEP-MEDEF richiede che i membri siano tutti dotati di comprovata professionalità. Almeno due terzi devono essere scelti tra gli amministratori indipendenti. La nomina dei membri del comitato deve essere oggetto di specifica disamina da parte del comitato nomine⁸³.

Nel modello monistico francese la gestione operativa spetta al *Directeur General*, una persona fisica designata dal consiglio d'amministrazione, che può essere coadiuvata da un comitato esecutivo. Il *Directeur General* è nominato dal consiglio d'amministrazione, che ha anche il potere di revocarlo *ad nutum*, salvo il diritto al risarcimento dei danni in caso di assenza di giusta causa. Essendo le funzioni di gestione affidate al *Directeur General*, il *conseil d'administration* ricopre un ruolo di alta amministrazione e di supervisione strategica.

Alla società, però, è riservata la possibilità di adottare il modello monistico con la c.d. "*direction cumulée*", con la presenza del "*président-directeur general (PDG)*", un soggetto che ricopre simultaneamente la carica di presidente del consiglio d'amministrazione e di direttore generale. In questo caso il soggetto che ricopre entrambe le funzioni crea un coordinamento tra la funzione di alta amministrazione e supervisione strategica e quella operativa,

⁸² *Code de commerce*, L823-19.

⁸³ *Code de gouvernement des entreprises*, 15.1.

avvicinando gli organi e le loro funzioni. Il Codice AFEP-MEDEF stabilisce che, in caso di “*direction cumulée*”, diviene necessaria la nomina di un *lead independent director* per coadiuvare il presidente nella funzione di coordinamento del consiglio d’amministrazione, al fine di evitare conflitti⁸⁴.

Il modello monistico a “*direction cumulée*” è quello tradizionalmente utilizzato in Francia. L’alternativa, invece, di dissociare la figura del *president-directeur general* crea, invece, una netta separazione tra le funzioni di supervisione strategica e quella di gestione avvicinando il modello a un sistema dualistico⁸⁵. Nel modello dualistico, infatti, il consiglio di sorveglianza ha funzioni di alta amministrazione e supervisione strategica, mentre il consiglio di gestione ha solo funzioni gestorie⁸⁶.

La differenza tra il modello dualistico e il modello monistico a “*direction dissociée*” sta nelle differenti attribuzioni del *conseil d’administration* rispetto al consiglio di sorveglianza. Il consiglio d’amministrazione, infatti, rimane collegialmente responsabile per le proprie attività, indipendente dal proprio funzionamento in comitati o dalle deleghe impartite, di fronte all’assemblea dei soci.

Non è totalmente estromesso dalla gestione, come invece lo è il consiglio di sorveglianza, avendo il compito di impartire le linee strategiche e di alta amministrazione, oltre a quello di controllare e valutare la regolarità delle delibere.

Non è mancato, tra gli studiosi, chi ha parlato del modello

⁸⁴ *Code de gouvernement des entreprises*, 3.2

⁸⁵ S. Alvaro, D. D’Eramo, G. Gasparri, *Modelli di amministrazione e controllo nelle società quotate Aspetti comparatistici e linee evolutive*, Quadreni Giuridici Consob, 2015.

⁸⁶ Cfr. VIANDIER, *Sociétés et loi NRE. Les Réformes De La Loi «Nouvelles Régulations Économiques»*, Levallois, 2001.

francese come nuovo terzo modello, alternativo rispetto al modello monistico e dualistico⁸⁷.

Questa evoluzione del modello è stata attuata tramite interventi legislativi che hanno seguito la scia degli *standard* internazionali che consigliano la divisione degli incarichi⁸⁸.

2.3. La governance delle banche

Nell'ordinamento francese il testo normativo di riferimento per l'attività bancaria è il *Code Monétaire et financière*⁸⁹.

L'ottava sezione del codice disciplina la governance delle banche, che richiede, disposizioni particolari in ragione delle specificità dell'attività bancaria. L'*Autorité de control prudentiel et de la résolution*, l'autorità centrale di vigilanza prudenziale delle banche, in una relazione sulla *governance* bancaria, individua le specificità dell'attività bancaria che richiedono un'attenzione particolare: la fiducia del pubblico, il conflitto d'interessi, la complessità dell'attività, il volume dei flussi finanziari e l'impatto sistemico della crisi di una

⁸⁷ Cfr. MERLE, Faut-il vraiment créer un troisième type de direction des sociétés anonymes en France?, in Bull. Joly Sociétés, 2000

⁸⁸ In tal senso è intervenuta la Loi NRE 420/2001

⁸⁹ Questo codice è stato emanato con la legge n. 99-1071 del 16 dicembre 1999, dall'ordinanza n. 2000-1223 del 14 dicembre 2000 (per la parte legislativa) e dal decreto n. ° 2005-1007 del 2 agosto 2005 (per la sua parte normativa). Fu pubblicata l'edizione definitiva dall'anno 2005. Si tratta del codice francese che ha subito più modifiche.

banca⁹⁰. Questi profili caratteristici dell'attività bancaria richiedono regole di governo societario più rigide al fine di garantire una gestione corretta e trasparente. Per questa ragione alcune regole sulla *governance* bancaria si discostano rispetto a quelle contenute nel Codice AFEP-MEDEF, a cui si è fatto riferimento precedentemente.

L'ottava sezione del *Code monétaire et financière*, intitolata *Gouvernement des établissements de crédit et des sociétés de financement*⁹¹, stabilisce, come regola fondamentale, che tutti gli amministratori e tutti i consiglieri di sorveglianza (ove previsti) degli istituti di credito devono possedere in ogni momento i requisiti di onorabilità, professionalità e competenza. Oltre agli amministratori devono essere in possesso dei suddetti requisiti tutti i soggetti che svolgono una funzione di direzione di fatto (*direction effective*).

Per dirigente di fatto si intende qualunque soggetto, con funzioni esecutive, indipendentemente dall'incarico ricoperto. Ai sensi del codice monetario, essi devono dedicare il tempo sufficiente all'esercizio della propria funzione⁹². A questo proposito sono previsti limiti al cumulo di incarichi per chi ricopre funzioni chiave all'interno della *governance* di una banca⁹³.

Una rilevante deroga alla disciplina di diritto comune prevista per le banche è costituita dal c.d. "quatre yeux principe", secondo cui la direzione effettiva di una banca deve essere assicurata da almeno due

⁹⁰ *Le Gouvernement d'entreprise et les établissements de crédit*, ACPR, 2005

⁹¹La sezione del codice monetario riguardante il governo societario comprende gli articoli dal L511-51 al L511-91.

⁹² *Code monétaire et financière*, L511-52.

⁹³In particolare non può essere ricoperta la funzione di direttore generale, amministratore delegato o funzione equivalente in più di un consiglio d'amministrazione. Non si può essere membri di più di quattro consigli d'amministrazione.

persone⁹⁴. Il *Code monétaire et financière* aggiunge il divieto per il presidente del consiglio d'amministrazione di svolgere la funzione di *directeur general* o funzioni equivalenti, salvo autorizzazione della *Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*, la quale può approvare il cumulo di incarichi per particolari circostanze ed esigenze della banca⁹⁵.

Si è detto nel precedente paragrafo che il modello monistico “*a direction cumuleè*”, in cui il presidente del consiglio d'amministrazione ricopre la funzione di *directeur general*, è il modello tradizionalmente usato dalle società per azioni francesi. Le deroghe previste dal *Code monétaire*, quindi, sono una novità importante per la cultura di governo societario francese, che si giustificano nell'ottica della necessità di assicurare un maggior controllo sulla gestione, prioritario per l'attività bancaria, connotata da molteplici profili di rischio.

In tal senso, per rafforzare questo divieto è intervenuta una recente sentenza del Tribunale comunitario, che ha fornito un'interpretazione del principio di separazione tra funzioni esecutive e non esecutive all'interno del consiglio d'amministrazione⁹⁶. In quel caso quattro banche cooperative del gruppo *Crédit agricole* chiesero l'autorizzazione alla *Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* per il cumulo di incarichi tra presidente del consiglio d'amministrazione e “*dirigeants effectif*”. L'Autorità notificò la richiesta alla BCE, la quale non approvò le nomine⁹⁷, in virtù dell'art.88, par.1, lett e), della

⁹⁴ *Code monétaire et financière*, L511-13

⁹⁵ *Code monétaire et financière*, L511-58

⁹⁶ Joined Cases T-133/16 to T-136/16 (*Crédit Agricole v. ECB*)

⁹⁷ Il gruppo *Crédit agricole* è stato qualificato come gruppo significativo sottoposto a vigilanza prudenziale ai sensi dell'articolo 6 del regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi (GU 2013, L

Direttiva CRD IV⁹⁸, che vieta il cumulo di incarichi tra presidente del consiglio d'amministrazione e amministratore delegato, e ai sensi delle disposizioni sopra citate del *Code monétaire et financière*. La questione fu risolta, a seguito di impugnazione della decisione della BCE da parte di *Credit Agricole*, dal Tribunale comunitario, secondo cui il concetto di "direzione effettiva", non presente nella direttiva comunitaria, risulta molto vicino a quello di "funzioni esecutive" e di gestione *day-by-day*, perciò rientra nelle finalità della Direttiva il divieto di ricoprire simultaneamente funzioni esecutive e non esecutive all'interno del consiglio d'amministrazione di una banca. Nel rigettare il ricorso, il tribunale ha applicato ed interpretato, oltre alla Direttiva CRD IV, anche il *Code monétaire et financière*, che, secondo il Tribunale, contiene un divieto più ampio rispetto alla CRD IV, in quanto vieta non solo il cumulo di incarichi tra presidente del consiglio d'amministrazione con quello di amministratore delegato, ma anche con ogni funzione di gestione equivalente⁹⁹.

I principi contenuti nella Direttiva CRD IV hanno trovato applicazione nell'ordinamento francese tramite il decreto del 3 Novembre 2014, relativo ai controlli interni delle imprese operanti nel

287, pag. 63) e rientra, pertanto, per i compiti di cui all'articolo 4, paragrafo 1, di tale regolamento, sotto la vigilanza della Banca centrale europea (BCE).

⁹⁸ Capital Requirements Directive IV: Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26

June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions

and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC,

Official Journal (OJ) L 176/338, 27 June 2013.

⁹⁹in forza dell'articolo 4, paragrafo 3, del regolamento n. 1024/2013 la BCE nell'ambito del Meccanismo unico di vigilanza è tenuta ad applicare non solo le leggi comunitarie, ma anche quelle nazionali.

settore bancario¹⁰⁰.

Il decreto riporta i principi di *risk governance*, da applicare alle banche francesi, per porre adeguati presidi alla gestione del rischio, considerato l'obiettivo principale delle disposizioni di *governance* della direttiva, conseguenza della crisi finanziaria 2007-2009, di cui si è trattato nel primo capitolo.

CAPITOLO III:

Il sistema monistico: linee evolutive e applicazione nell'ordinamento italiano

1. La diffusione del modello monistico nel mondo

La *corporate governance* di ogni paese è molto influenzata dal modello di assetti proprietari del paese stesso.

Esistono due modelli prevalenti: il modello anglo-americano (Regno Unito e Stati Uniti) e il modello renano-nipponico (Giappone, Germania e Francia). Il modello anglo-americano, c.d. "insider model", è caratterizzato da un forte sviluppo del mercato borsistico, da imprese a proprietà azionaria diffusa e da un ruolo attivo degli intermediari finanziari. In questi sistemi l'intervento dello Stato è molto

¹⁰⁰ Arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne des entreprises du secteur de la banque, des services de paiement et des services d'investissement soumises au contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution

marginale¹⁰¹. Le società si finanziano principalmente tramite il mercato borsistico.

In questo contesto, in cui la proprietà è separata dalla direzione della società, si è sviluppato il modello monistico, caratterizzato da un consiglio d'amministrazione, che è un "monitoring board", mentre la gestione *day-by-day* è affidata ad amministratori esecutivi.

La funzione di controllo è svolta da un *Audit Committee*, che rafforza l'attività di monitoraggio del *board* e vigila sulla corretta e trasparente informazione finanziaria.

Il modello renano-nipponico, c.d. "*outsider model*", ha caratteristiche opposte. Lo sviluppo del mercato borsistico è ridotto e le imprese sono finanziate tramite autofinanziamento o capitale di debito. La proprietà è concentrata, c'è un ruolo più marginale degli intermediari finanziari e lo Stato ha un ruolo più attivo nell'economia. In questi paesi si sono sviluppati il modello dualistico e i modelli c.d. "ibridi", in cui la gestione e il controllo sono affidati a organi distinti.

Per quanto riguarda la scelta dei modelli di amministrazione e controllo, ciascun ordinamento sceglie quali mettere a disposizione delle società. In alcuni paesi è obbligatorio l'utilizzo del sistema monistico, in altri è obbligatorio il sistema dualistico. Altri paesi adottano un modello "opzionale", in cui le società possono scegliere se adottare il sistema monistico o quello dualistico. Solo tre paesi (Italia, Giappone e Portogallo) hanno un sistema ibrido, in cui prevedono, oltre ai sistemi dualistico e monistico, anche un sistema "ibrido". Nei sistemi "ibridi" le funzioni di amministrazione e controllo sono affidate ad organi distinti e viene aggiunto un "*additional statutory body*",

¹⁰¹ F. CHIAPPETTA, in *Diritto del governo societario. La corporate governance delle società quotate*, Padova, CEDAM, 2013, pag. 10

tradizionale dell'ordinamento.

Nel 2015 l'OCSE ha pubblicato i seguenti dati sull'utilizzo dei sistemi di amministrazione e controllo:

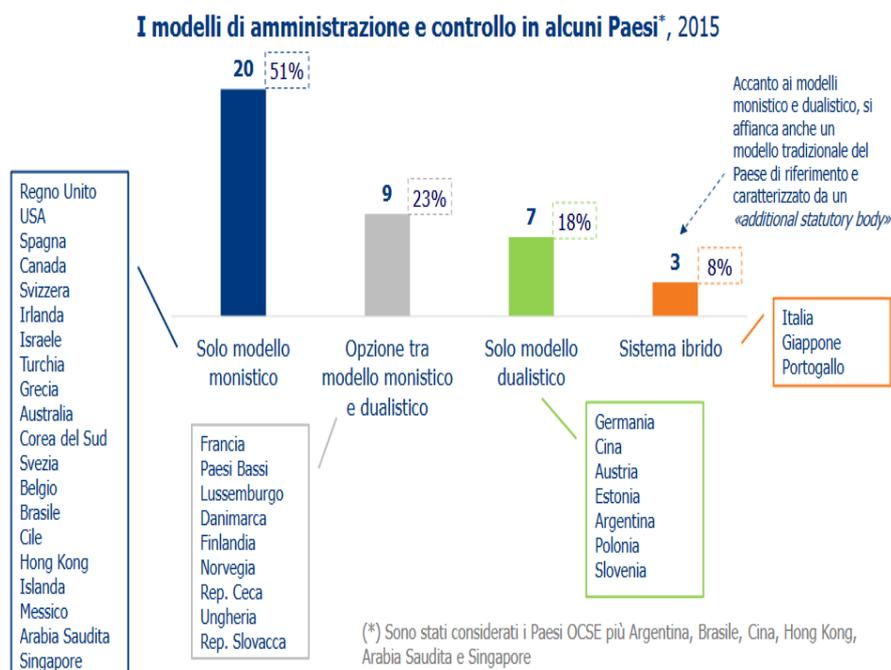


Figura 20 Adozione dei modelli di amministrazione e controllo nel mondo. Source: The European House – Ambrosetti su dati OCSE, 2015, in “L’osservatorio sull’Eccellenza dei Sistemi di Governo in Italia, 2015”, pag. 125.

Da questa analisi risulta evidente che il modello monistico è il più utilizzato nel mondo.

La globalizzazione e lo sviluppo dei mercati porta a una convergenza nei modelli utilizzati, al fine di predisporre sistemi accessibili ai mercati ed agli investitori internazionali. Ovviamente il modello monistico nella sua struttura basilare (un consiglio d’amministrazione unitario e un *audit committee*, costituito al suo

interno, incaricato della funzione di controllo) viene modificato e adattato in ogni ordinamento.

2. Il modello monistico nelle società quotate italiane

La disciplina della *governance* delle società per azioni fino alla riforma del 2003 non prevedeva norme specifiche sulla struttura e sul funzionamento del consiglio d'amministrazione. Nemmeno l'introduzione del Testo Unico della Finanza¹⁰² (nella sua formulazione originaria) ha previsto norme sul consiglio d'amministrazione.

La svolta avvenne nel 1998, quando un decreto istituì una Commissione *ad hoc*, la c.d. "Commissione Mirone", con l'obiettivo di predisporre un testo di riforma del diritto societario. Nel decreto in questione fu specificato l'obiettivo della riforma, quello di «favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese, oltre che di favorire l'accesso al mercato dei capitali da parte delle piccole e medie imprese» per rispondere «ai problemi, non più eludibili conseguenti alla inadeguatezza della disciplina del codice rispetto alla [...] realtà economica del Paese e al necessario coordinamento con la [...] riforma contenuta nel Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria¹⁰³».

¹⁰² Dlgs.58/1998 (TUF)

¹⁰³ *Relazione Illustrativa al Disegno di legge della Commissione Mirone*, in Riv. soc., 2000, 14 ss.

In contemporanea cominciarono i lavori per la redazione del Codice di Autodisciplina, con l'istituzione del *Comitato per la corporate governance delle società quotate*¹⁰⁴.

La Riforma del 2003 ha compiuto una rivoluzione per quel che riguarda la *governance*, con l'introduzione nel nostro ordinamento dei "sistemi alternativi di amministrazione e controllo", il modello dualistico e monistico, che offrono alle società una certa flessibilità per adattare la *governance* alle proprie necessità, con la possibilità di ridisegnare l'assetto organizzativo.

In tema di *governance* la riforma ha la finalità di mettere al centro il principio dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo interno dell'impresa¹⁰⁵.

Nella Relazione Ministeriale al D.lgs. 6/2003 il modello monistico viene presentato come «un modello di governance semplificato e più flessibile rispetto agli altri modelli» in quanto «esso tende a privilegiare la circolazione delle informazioni tra l'organo amministrativo e l'organo deputato al controllo, conseguendo risparmi di tempo e di costi e una elevata trasparenza tra gli organi di amministrazione e controllo». Inoltre, «[l]a circostanza che la vigilanza sull'amministrazione sia svolta, invece che dal collegio sindacale, da un comitato formato all'interno del consiglio di amministrazione, non determina un minor rigore dell'attività di controllo, poiché la professionalità, l'indipendenza, i doveri e i poteri di tale comitato coincidono con quelli del collegio sindacale, e possono anzi essere

¹⁰⁴ Costituito da esponenti di associazioni di impresa (ABI, ANIA, Assonime, Confindustria), di investitori professionali (Assogestioni), nonché da Borsa Italiana s.p.a..

¹⁰⁵ S. ALVARO, D. D'ERAMO, G. GASPARRI, *Modelli di amministrazione e controllo nelle società quotate: Aspetti comparatistici e linee evolutive*, Quaderni giuridici CONSOB, 2015, sulla previsione degli artt. 2381 e 2403 c.c

integrati dai codici di comportamento».

Ciò che è cambiato, dunque, è la concezione dei controlli interni, prima considerati come controlli organizzativi e societari, ora come controlli *ex ante* e *ex post* sull'attività e sulle scelte aziendali, entrando nel processo decisionale del *management*¹⁰⁶. Il controllo interno diviene uno strumento per l'impresa per valutare l'attività e la gestione dei rischi aziendali. In questo senso anche il consiglio d'amministrazione cambia caratteristiche, poiché è responsabile, non solo della gestione, ma anche dei controlli e dell'adeguatezza di questi.

Con questa nuova concezione dei controlli il consiglio d'amministrazione viene concepito come “*monitoring board*”, seguendo la scia delle esperienze anglosassoni¹⁰⁷.

In realtà, analizzando i dati sulla *corporate governance* delle società quotate a sedici anni di distanza dalla riforma, i sistemi alternativi di amministrazione e controllo hanno avuto scarso successo.

Infatti, su 231 società quotate, 227 utilizzano ancora il modello tradizionale¹⁰⁸. Per quel che riguarda le società per azioni non quotate oltre il 99% adotta il modello tradizionale¹⁰⁹.

Le ragioni dell'insuccesso sono dovute a molteplici fattori. Una ragione che è stata individuata è la mancanza di disposizioni autonome, volte a disciplinare il modello monistico¹¹⁰.

Infatti, il legislatore ha utilizzato, come tecnica legislativa, il

¹⁰⁶ LIBONATI, Conclusioni, in AA. VV., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, a cura di Bianchini, Di Noia, Milano, 2010, 199

¹⁰⁷ FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in AA.VV.

¹⁰⁸ Cfr. CONSOB, 2018, *Report on corporate governance of Italian listed companies*

¹⁰⁹ BELLAVITE PELLEGRINI C., *Un'analisi empirica sulla “Corporate Italia”: persone giuridiche, assetti finanziari e proprietari e governance societaria 2004-2012*

¹¹⁰ Così, tra gli altri, MONTALENTI, *Il diritto societario a dieci anni dalla riforma*, in *Nuovo Diritto delle Società*, 11/2014

rinvio al sistema tradizionale dichiarando le norme dedicate a quest'ultimo applicabili "in quanto compatibili". Le disposizioni specifiche regolatorie del modello monistico, invece, sono poche e non complete. D'altro canto, la maggiore autonomia statutaria introdotta dalla riforma, avrebbe potuto offrire libertà alle imprese di adattare il modello monistico alle proprie esigenze, favorendo la concorrenza tra imprese anche sotto questo aspetto. La scarsa disciplina legislativa, però, non inquadrando il modello entro un sistema di regole preciso, è stata evidentemente percepita come elemento di confusione che ha scoraggiato le società dall'adottare questo modello, per mantenere quello tradizionale.

Un altro elemento di confusione per le imprese italiane è il fenomeno del c.d. "overshooting" o "elefantiasi normativa"¹¹¹, caratterizzato da un'eccessiva produzione normativa in materia di controlli interni. Il fenomeno ha portato a una sovrapposizione di funzioni e di organi deputati al controllo.

In primo luogo, la funzione di controllo spetta al consiglio d'amministrazione nel valutare l'adeguatezza dei controlli interni. La funzione di controllo è poi svolta dai comitati endoconsiliari, in particolare dal Comitato Controllo e Rischi, e dal Collegio Sindacale (nel sistema tradizionale). Gli interventi normativi hanno attribuito ulteriori funzioni di controllo ad altri soggetti o organi, ad esempio al dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili o all'organo di vigilanza ex 231/2001. Il quadro normativo in tema di controlli interni è stato definito un "mosaico", per via della complessità della

¹¹¹ IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005 e ASSONIME, *Alcune proposte in materia di controlli societari*, in *Riv. soc.*, 2011, 2, 1298 ss.

disciplina, frutto di interventi normativi occasionali, spesso come risposta a scandali finanziari¹¹².

2.1. I limiti attuali del modello monistico

In dottrina il modello monistico è stato oggetto di numerose critiche dovute principalmente al delicato ruolo simultaneo di componente del comitato interno per il controllo sulla gestione e amministratore, nonché alla carenza di poteri attribuiti al comitato dal codice civile. La prima critica riguarda i meccanismi di nomina e revoca dei componenti del comitato.

L'art. 2409-octiesdecies prevede che la nomina e la determinazione del numero dei componenti del comitato spetta al consiglio d'amministrazione, salvo diversa previsione statutaria. Per quanto riguarda la revoca, questa può essere disposta dall'assemblea relativamente alla carica di amministratore, ma dallo stesso consiglio d'amministrazione per il ruolo di componente del comitato per il controllo sulla gestione. Entrambe le modalità di revoca possono essere disposte *ad nutum*, anche in assenza di giusta causa¹¹³. Chiaramente queste previsioni vanno a indebolire l'indipendenza e la stabilità dei componenti del comitato, essendo i controllori nominati e revocati dai

¹¹² PIERGAETANO MARCHETTI, *Introduzione*, in *Rivista delle Società*, 2019, p. 511

¹¹³ I componenti dell'organo di controllo del sistema tradizionale, il collegio sindacale, invece, possono essere revocati solo per giusta causa e con l'approvazione del tribunale ai sensi dell'art.2400, comma 2.

controllati¹¹⁴.

Un altro limite nella previsione del codice civile è l'insufficienza delle funzioni affidate al comitato. Rispetto al collegio sindacale le funzioni del comitato sono limitate alla «vigilanza sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché (a)lla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione¹¹⁵». Non ha quindi la funzione principale di controllo sulla legalità e correttezza della gestione.

A differenza del collegio sindacale, i componenti del comitato non possono procedere individualmente ad atti di ispezione e controllo¹¹⁶. Gli unici poteri di controllo attribuiti al comitato sono quelli generalmente affidati agli amministratori dall'art.2381, comma 6¹¹⁷.

In realtà, per le società quotate, il TUF prevede regole ulteriori che superano parzialmente le debolezze del modello evidenziate nel codice civile, specialmente per quel che riguarda i poteri del comitato per il controllo sulla gestione.

Innanzitutto, l'art.150 del TUF prevede che gli organi delegati forniscano informazioni periodiche sull'attività svolta e sulle operazioni in conflitto d'interesse al comitato. I componenti, inoltre, possono, anche individualmente, chiedere informazioni sull'andamento della gestione e procedere ad atti di ispezione e controllo, tramite un

¹¹⁴ G.D. MOSCO e S. LOPREIATO, *Brevi note su opportunità e limiti attuali del sistema monistico*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, Il Mulino, 2016.

¹¹⁵ Art. 2409-octiesdecies, comma 5, c.c.

¹¹⁶ Art.2403-bis, comma 1, c.c.

¹¹⁷ Ai sensi del 2381, comma 6, "ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni sulla gestione della società"

componente appositamente delegato¹¹⁸. Non possono convocare l'assemblea o promuovere azione di responsabilità, poteri attribuiti esclusivamente al collegio sindacale. Nelle quotate, dunque, sono attenuate le differenze con il collegio sindacale per quanto riguarda i poteri.

Permangono invece i limiti concernenti la nomina, la revoca e le funzioni sopra delineati.

2.2. Possibili evoluzioni

Il dibattito circa l'adozione del modello monistico per le società del nostro paese, in particolare per società quotate e banche (di cui si tratterà in maniera più approfondita nel paragrafo successivo), è divenuto più acceso negli ultimi anni¹¹⁹. Le ragioni per la crescente attenzione a questo modello sono da rinvenire nelle indicazioni ricevute dalla Consob, nonché dalla scelta di adottare questo sistema da parte di una delle banche principali del nostro paese¹²⁰. Nel Discorso annuale del presidente della Consob al mercato finanziario del 2014 è stato dichiarato esplicitamente che «Un maggiore ricorso al sistema di amministrazione e controllo cosiddetto monistico, quello più diffuso a livello internazionale e privilegiato nelle iniziative di autodisciplina delle società quotate, potrebbe rappresentare una soluzione. A tal fine,

¹¹⁸ Art. 151-ter, comma 1 e comma 4, c.c.

P. VALENSISE, *Spigolature sul comitato per il controllo sulla gestione del sistema monistico, con particolare riguardo alle società per azioni quotate in borsa*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2016pp. 173-194

¹²⁰ Nel 2016 l'assemblea dei soci di della banca Intesa Sanpaolo ha approvato la modifica statutaria con cui adotta il sistema monistico

sarebbe opportuno valutare la possibilità di regolarlo in maniera più puntuale rispetto al quadro attuale, in cui la disciplina è concepita avendo come riferimento prevalente il modello tradizionale basato sul collegio sindacale¹²¹>>.

In effetti, dalla diffusione del modello a livello internazionale, consegue che l'abbandono del sistema tradizionale in favore del modello monistico gioverebbe alla confrontabilità delle società quotate italiane con quelle straniere. Inoltre, la maggioranza degli investitori esteri proviene da paesi anglosassoni, in cui il modello monistico è l'unico conosciuto. Il passaggio al modello monistico avrebbe senz'altro l'effetto di accrescere l'attrattiva degli investimenti nelle nostre imprese¹²².

Gli investimenti nelle nostre imprese da parte di investitori stranieri possono risultare scoraggiati dalla circostanza di investire in una società con un sistema di amministrazione, ma soprattutto di controlli, sconosciuto nei paesi di provenienza.

Va segnalata, inoltre, una spinta verso la convergenza nelle regole di *corporate governance* sia in ambito comunitario che internazionale. Negli interventi della Commissione Europea in tema di governo societario¹²³, aventi l'obiettivo di migliorare le *best practices* e accrescere la competitività delle imprese europee, si è fatto riferimento al sistema dei controlli in un consiglio d'amministrazione di tipo monistico.

Anche in ambito internazionale, gli *standard* e i principi di volta in volta pubblicati, in particolare dall'OCSE, tendono a uniformarsi

¹²¹ Discorso del presidente della Consob all'incontro annuale con il mercato finanziario, 2014.

¹²² P. VALENSISE, *op.cit.*

¹²³ In particolare, con i già citati Libri Bianchi e Libri Verdi

ispirandosi al modello monistico di derivazione anglosassone¹²⁴. Questi principi, come esposto nel primo capitolo, sono il punto di riferimento sia per la regolamentazione sia per l'autodisciplina nella maggior parte degli ordinamenti.

A ben vedere, anche il nostro Codice di Autodisciplina, nonostante lo scarso utilizzo del monistico da parte delle imprese italiane, ha subito l'influenza degli *standard* internazionali, che fanno riferimento a questo modello. Il Codice, infatti, delinea un consiglio d'amministrazione molto simile a quello utilizzato nella *corporate governance* di origine anglosassone¹²⁵. Per quanto riguarda il ruolo del consiglio d'amministrazione, il Codice di Autodisciplina stabilisce, tra i compiti del consiglio d'amministrazione, che esso è tenuto a valutare <<l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile dell'emittente nonché quello delle controllate aventi rilevanza strategica, con particolare riferimento al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi>> , nonché <<il generale andamento della gestione, tenendo in considerazione, in particolare, le informazioni ricevute dagli organi delegati, nonché confrontando, periodicamente, i risultati conseguiti con quelli programmati¹²⁶>>.

La configurazione prospettata dal Codice risulta, in questo modo, simile a quella anglosassone, in cui il consiglio d'amministrazione è un "*monitoring board*". Queste funzioni attribuite al *board*, infatti, sono tipicamente di controllo. In presenza di un collegio sindacale, chiamato, come organo separato, a svolgere le stesse

¹²⁴ ANGELICI, La società per azioni. Principi e problemi, Milano, 2012, pp. 226-227, in part. nt. 65, 66 e 67.

¹²⁵ E. RULLI, *Sistema monistico e codici di autodisciplina: indipendenza, ma non solo*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2016, pp. 123-144

¹²⁶ Codice di Autodisciplina, 1.C.1.

funzioni, queste disposizioni creano una sovrapposizione di ruoli tra consiglio d'amministrazione e collegio sindacale.

Il Codice di Autodisciplina, inoltre, disegna un modello in cui è necessaria la presenza di un certo numero di amministratori indipendenti all'interno del *board*¹²⁷, stabiliti in relazione alla natura e alla dimensione dell'impresa. Secondo il Codice Civile, invece, per le società che adottano il modello tradizionale non vi è alcun obbligo di nominare amministratori indipendenti, rimettendo la possibilità all'autonomia statutaria¹²⁸. Per le società quotate il TUF prevede che sia obbligatoria la nomina di un solo amministratore indipendente (due se gli amministratori sono più di sette)¹²⁹. La forte presenza di indipendenti è un tratto caratteristico del modello monistico, a testimonianza dell'influenza del modello in questione sulle disposizioni del Codice di Autodisciplina.

E' stata rilevata in dottrina la necessità di una riscrittura della normativa in tema di sistemi alternativi di amministrazione e controllo, nell'ottica di una "razionalizzazione" delle regole in materia di *governance*¹³⁰, non più modellata sul sistema tradizionale, ma

¹²⁷ Il Codice di Autodisciplina prevede come criterio generale che << Un numero adeguato di amministratori non esecutivi sono indipendenti, nel senso che non intrattengono, né hanno di recente intrattenuto, neppure indirettamente, con l'emittente o con soggetti legati all'emittente, relazioni tali da condizionarne attualmente l'autonomia di giudizio (Codice di Autodisciplina, 3.P.1)>>. Il numero è stabilito in relazione alla dimensione e alla natura dell'impresa. <<Negli emittenti appartenenti all'indice FTSE-Mib almeno un terzo del consiglio di amministrazione è costituito da amministratori indipendenti. Se a tale quota corrisponde un numero non intero, quest'ultimo è arrotondato per difetto (Codice di autodisciplina 3.C.3.)>>

¹²⁸ L'art. 2387 c.c. stabilisce che lo statuto può subordinare la nomina degli amministratori al possesso di particolari requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza.

¹²⁹ TUF, Art.147-ter, comma 4

¹³⁰ S. ALVARO, D. D'ERAMO, G. GASPARRI, *Modelli di amministrazione e controllo nelle società quotate:Aspetti comparatistici e linee evolutive*, Quaderni giuridici CONSOB, 2015

dedicando un insieme di regole *ad hoc*. L' "appiattimento" del sistema monistico su quello tradizionale rischia di alterare la natura stessa del modello monistico, rendendolo, superficialmente, un sistema tradizionale senza collegio sindacale. In realtà, con il sistema monistico, non viene modificato solo l'organo di controllo, ma tutto l'assetto di governo societario¹³¹.

Sempre in ottica di "razionalizzazione", è stata sottolineata la carenza di norme sul funzionamento del consiglio d'amministrazione. La regolamentazione, anche successiva alla riforma del 2003, dedica numerose norme ai controlli interni, in particolare per società quotate e banche, mentre per quanto riguarda il consiglio d'amministrazione è disciplinata solo la nomina e la composizione, dedicando il solo art.2381 del codice civile alle funzioni, che, peraltro, si applica a tutte le società per azioni, anche di piccole dimensioni. La "razionalizzazione" si rende necessaria per garantire un'effettiva alternatività tra i sistemi di amministrazione e controllo, assente nel nostro ordinamento, poiché i sistemi alternativi sono sostanzialmente modellati su quello tradizionale. Per rendere l'adozione del sistema monistico un' alternativa plausibile al modello tradizionale, è stata ipotizzata la possibilità di intervenire in via statutaria, per colmare, seppur parzialmente le carenze di disciplina, utilizzando gli spazi di autonomia statutaria lasciati dal legislatore¹³².

In primo luogo, è possibile intervenire sui meccanismi di nomina e revoca dei componenti del comitato. E' stato sottolineato questo aspetto nel precedente capitolo come un limite del modello, così come

¹³¹ MARIO STELLA RICHTER JR., *Le opportunità del sistema monistico per il diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2019, p.517

¹³² Cfr. in particolare G.D. MOSCO, S. LOPREIATO, *ope. cit.* e ASSONIME, *Sul modello monistico di governo societario*, *ope. cit.*

configurato dal codice civile. Di norma la nomina dei componenti del comitato è di competenza dello stesso consiglio d'amministrazione, che elegge, tra coloro che si trovano in possesso dei requisiti, coloro che andranno a costituire il comitato¹³³. Il legislatore, però, ha stabilito che una previsione statutaria possa derogare questa disposizione, prevedendo che la nomina dei componenti sia di competenza assembleare.

Per quanto riguarda la revoca dei componenti del comitato, questa non è stata disciplinata dal legislatore¹³⁴. È stata considerata legittima la clausola statutaria che attribuisce la competenza sulla revoca dei componenti del comitato all'assemblea, anche subordinandola alla presenza di una giusta causa. L'attribuzione della competenza in materia di nomina e revoca dei componenti del comitato per il controllo sulla gestione all'assemblea può essere un intervento statutario efficace per garantire quella stabilità ed indipendenza dei componenti, necessaria per il funzionamento del modello monistico.

Un altro limite individuato nel precedente paragrafo è l'insufficienza di funzioni attribuita al comitato.

La legge in proposito vieta un restringimento delle competenze attribuite al comitato, ma non vieta l'attribuzione di competenze ulteriori. L'ampliamento delle competenze è possibile in due modalità: attraverso una delibera consiliare o attraverso una previsione statutaria, ad opera dell'assemblea straordinaria. L'unico limite legislativamente previsto è quello per cui al comitato non possono essere attribuite competenze gestorie.

¹³³ Art. 2409-ocitesdecies, comma 1, c.c.

¹³⁴ Per quanto riguarda la revoca dell'amministratore, questa spetta inderogabilmente all'assemblea

Ben potrebbe essergli attribuita, però, la funzione di controllo di legalità sostanziale sulla attività di gestione, ossia la vigilanza sull'osservanza delle norme di legge, regolamentari e statutarie¹³⁵.

Ulteriori attribuzioni potrebbero riguardare le competenze spettanti ai comitati endoconsiliari, in particolare il comitato Controllo e Rischi, previsto dal Codice di Autodisciplina¹³⁶. Potrebbe inoltre avere la funzione di approvare le operazioni con parti correlate, formando quel comitato di amministratori non correlati e indipendenti, chiamati a esprimere il giudizio sulle operazioni in questione¹³⁷.

Si può notare che l'autonomia statutaria può, con interventi mirati, contribuire a superare alcune carenze regolamentari del modello monistico. Sostanzialmente, però, il funzionamento del consiglio d'amministrazione di tipo "monistico", risulta poco disciplinato nei suoi tratti tipici, creando incertezza circa la sua applicazione. Il monistico, quindi, non sembra essere attualmente una reale alternativa al sistema tradizionale per le società quotate. Nonostante gli sforzi

¹³⁵ Norma appositamente prevista per il comitato per il controllo sulla gestione delle banche.

¹³⁶ In base al criterio applicativo 7.C.2 del Codice di autodisciplina, il comitato controllo e rischi, nell'assistere il consiglio di amministrazione: a) valuta il corretto utilizzo dei principi contabili e, nel caso di gruppi, la loro omogeneità ai fini della redazione del bilancio consolidato; b) esprime pareri su specifici

aspetti inerenti alla identificazione dei principali rischi aziendali; c) esamina le relazioni periodiche, aventi per oggetto la valutazione del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, e quelle di particolare rilevanza predisposte dalla funzione internal audit; d) monitora l'autonomia, l'adeguatezza, l'efficacia e l'efficienza della funzione di internal audit; e) può chiedere alla funzione di internal audit lo svolgimento di verifiche su specifiche aree operative, dandone contestuale comunicazione al presidente del collegio sindacale; f) riferisce al consiglio, almeno semestralmente, in occasione dell'approvazione della relazione finanziaria annuale e semestrale, sull'attività svolta nonché sull'adeguatezza del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi; g) supporta, con un'adeguata attività istruttoria, le valutazioni e le decisioni

del consiglio di amministrazione relative alla gestione di rischi derivanti da fatti pregiudizievoli di cui il consiglio di amministrazione sia venuto a conoscenza

¹³⁷ Artt. 7 e 8 del Regolamento Consob n. 17221/2010

dell'autonomia statutaria possano superare alcuni limiti, appare necessario un intervento di regolamentazione.

3. Il modello monistico nelle banche

In tema di *governance* delle banche la normativa primaria e secondaria, nonché la *soft law*, tende a limitare l'autonomia statutaria, prevedendo disposizioni puntuali volte a regolare il funzionamento e la struttura degli organi sociali.

Questo atteggiamento è giustificato dalle diverse esigenze di una società che svolge attività bancaria, ma soprattutto delle diverse responsabilità del *management*. Un efficace assetto di governo societario è considerato uno dei principali strumenti per una sana e prudente gestione di una banca.¹³⁸

Per quanto concerne il sistema monistico, questo è stato oggetto di rivisitazione per quanto riguarda le banche, prevedendo regole aggiuntive nel tentativo di superare alcuni dei limiti precedentemente esposti con riferimento alle società per azioni nel Codice Civile e alle quotate nel TUF.

Il Testo Unico Bancario richiede che all'organo di controllo, indipendentemente dal sistema prescelto, vengano riconosciuti tutti i poteri necessari affinché possa rilevare eventuali irregolarità di gestione

¹³⁸ *Disposizioni di vigilanza, 4 marzo 2008, Premessa*

e segnalare all'autorità di vigilanza¹³⁹.

Già da questa disposizione si evince l'obiettivo della regolamentazione bancaria in tema di sistemi alternativi di amministrazione e controllo: attribuire pari poteri agli organi di controllo, per assicurare le finalità specifiche del settore bancario.

Nel 2008 la Banca D'Italia ha emanato le Disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche¹⁴⁰, volte a ridisegnare l'assetto degli organi sociali delle banche, a seguito della riforma del diritto societario del 2003, che ha introdotto i sistemi alternativi di amministrazione e controllo.

Le Disposizioni di Vigilanza del 2008, nonostante lo scarso successo del sistema monistico e dualistico nel nostro paese, soprattutto al tempo dell'emanazione, già ritenevano i sistemi alternativi modelli idonei a banche di maggiori dimensioni operanti in mercati internazionali¹⁴¹. Per rendere efficace l'utilizzo del sistema monistico per le banche la Banca D'Italia introduce regole ulteriori, talvolta già previste per le società quotate.

Stabilisce che lo statuto delle banche che adottano il modello monistico deve introdurre alcuni correttivi. In primo luogo, deve “espressamente attribuire al comitato per il controllo sulla gestione il compito di vigilare sull'osservanza delle norme di legge, regolamentari e statutarie¹⁴²”. Con questa disposizione vi è attuazione della sopracitata previsione del TUB, garantendo al comitato la funzione di controllo di legalità sull'attività di gestione, non prevista dal Codice Civile.

Inoltre, lo statuto deve “prevedere che il comitato per il controllo

¹³⁹ T.U.B. art.52

¹⁴⁰ Il testo è confluito nella circolare 285 del 2013, “Disposizioni di Vigilanza per le banche”

¹⁴¹ *Disposizioni di vigilanza*, Banca D'Italia, 2008, par.1

¹⁴² *Disposizioni di vigilanza*, Banca D'Italia, 2008, par.2.2., Linee applicative, lett. l)

sulla gestione possa procedere in qualsiasi momento ad atti di ispezione o controllo¹⁴³”, estendendo alle banche la scelta fatta con riferimento alle società quotate¹⁴⁴.

In tema di nomina e revoca stabilisce che lo statuto deve “attribuire all’assemblea il compito di nominare e revocare i componenti del comitato per il controllo sulla gestione ai sensi di quanto consentito dall’art. 2409-octiesdecies c.c.; la revoca deve in ogni caso essere debitamente motivata”¹⁴⁵. Nonostante la previsione conferisca la competenza di nomina e revoca all’assemblea, non viene risolta la disparità tra il comitato e il collegio sindacale. Per la revoca dei sindaci, infatti, è necessaria non solo la giusta causa, ma anche l’approvazione del tribunale. Questo per assicurare stabilità e indipendenza dell’organo, fondamentale per lo svolgimento della funzione di controllo. La “motivazione” della revoca, protegge i componenti del comitato da revoche arbitrarie, ma comunque non lega la revoca alla sussistenza di gravi inadempimenti nella funzione, requisito richiesto dal riferimento normativo alla “giusta causa”¹⁴⁶ .

In attuazione della Direttiva CRD IV e delle linee guida pubblicate dall’ EBA, nel 2013 la Banca D’Italia ha pubblicato la Circolare n.285, in cui confluiscono le Disposizioni di Vigilanza del 2008¹⁴⁷. Le nuove Disposizioni di Vigilanza si pongono l’obiettivo di

¹⁴³ *Disposizioni di vigilanza*, Banca D’Italia, 2008, par.2.2., Linee applicative, lett. m)

¹⁴⁴ La disciplina del comitato per il controllo sulla gestione, però, rimane non allineata con quella del collegio sotto questo aspetto. L’art.151 del TUF prevede che il potere di procedere ad atti di ispezione e controllo spetti individualmente a ciascun sindaco. Le disposizioni di vigilanza, invece, prevedono che il potere sia dell’intero comitato.

¹⁴⁵ *Disposizioni di vigilanza*, Banca D’Italia, 2008, par.2.2., Linee applicative, lett. n).

¹⁴⁶ G.D. Mosco, S.Lopreiato, *ope. cit.*, 2016

¹⁴⁷ Le Disposizioni di Vigilanza del 2008 compongono il titolo IV delle Disposizioni di Vigilanza emanate con la Circolare 285/2013

rafforzare l'assetto organizzativo degli intermediari, in particolare i principi in esse contenuti riguardano: la chiara distinzione dei ruoli e delle responsabilità, l'appropriato bilanciamento dei poteri, l'equilibrata composizione degli organi, l'efficacia dei controlli, il presidio di tutti i rischi aziendali, l'adeguatezza dei flussi informativi¹⁴⁸.

In linea con la regolamentazione europea, questi sei punti sono considerati essenziali per ottenere efficaci assetti organizzati e sistemi di controllo interno, indipendentemente dal sistema di amministrazione e controllo scelto da ciascuna banca.

La Circolare, infatti, come la Direttiva CRD IV, non fa riferimento ad organi sociali specifici, ma li divide per funzioni: a) la funzione di supervisione strategica, ossia la determinazione di indirizzi, obiettivi e la verifica della loro attuazione; b) funzione di gestione, la conduzione *day-by-day* dell'attività; c) funzione di controllo, che si sostanzia nella verifica della regolarità dell'attività di amministrazione e dell'adeguatezza degli assetti organizzativi e contabili della banca.

La distinzione per funzioni, piuttosto che per organi sociali, ha un impatto non di poco conto sulla definizione delle competenze.

Nel modello tradizionale e nel modello monistico è il consiglio d'amministrazione l'organo con funzione di "supervisione strategica" previsto dalle Disposizioni di Vigilanza.

Anche nelle società di diritto comune, specialmente nelle quotate, si era analizzata l'evoluzione del consiglio d'amministrazione che organo di gestione diventa sempre più organo di controllo sulla gestione ("*monitoring board*"). Nelle banche però questo ruolo viene "istituzionalizzato", poiché le Disposizioni di Vigilanza prevedono un

¹⁴⁸ Circ.285/2013, Banca D'Italia, Premessa

ampio catalogo di poteri e doveri che costituiscono il nucleo fondamentale per lo svolgimento della funzione di supervisione strategica¹⁴⁹.

Le Disposizioni di vigilanza definiscono dettagliatamente i compiti, i poteri e il funzionamento di ciascun organo aziendale, con l'obiettivo di evitare sovrapposizione di ruoli ed efficacia dei controlli.

Assume un ruolo centrale nell'amministrazione di una banca il profilo della gestione del rischio, così come definito dalla regolamentazione comunitaria. A tal proposito le Disposizioni di vigilanza suddividono i ruoli in materia di gestione del rischio tra i tre organi aziendali.

L'organo con funzione di supervisione strategica ha il compito di definire e approvare il RAF (*Risk Appetite Framework*), che contiene al suo interno la definizione del *risk appetite* (propensione al rischio) e *risk tolerance* (tolleranza del rischio). L'organo con funzione di gestione ha il compito di compiere gli atti di gestione in attuazione del RAF. L'organo di controllo ne valuta l'adeguatezza.

Dalle modalità con cui le Disposizioni di Vigilanza ripartiscono i doveri e i poteri in materia di gestione del rischio si nota l'importanza che riveste nella *governance* di una banca la chiara distinzione dei ruoli e delle funzioni, profilo di debolezza evidenziato in precedenza nelle società di diritto comune¹⁵⁰.

In tal senso, il coordinamento tra gli organi aziendali assume importanza cruciale per l'equilibrio e la distinzione dei ruoli. Le

¹⁴⁹ Vincenzo Calandra Buonauro, *L'impatto della regolamentazione sulla governance bancaria*, in Banca Impresa Società, 1/2019 pp. 27-48

¹⁵⁰ Cfr. Vincenzo Calandra Buonauro, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in Banca Impresa Società, 1/2015

Disposizioni di vigilanza dedicano una sezione specifica ai “flussi informativi” che devono caratterizzare il rapporto tra gli organi aziendali. In apertura della sezione viene chiarito che “la circolazione di informazioni tra gli organi sociali e all’interno degli stessi rappresenta una condizione imprescindibile affinché siano effettivamente realizzati gli obiettivi di efficienza della gestione ed efficacia dei controlli. Le banche devono porre specifica cura nello strutturare forme di comunicazione e di scambio di informazioni complete, tempestive e accurate tra gli organi con funzioni di supervisione strategica, di gestione e di controllo, in relazione alle competenze di ciascuno di essi, nonché all’interno di ciascun organo; presidi organizzativi sono approntati per evitare il rischio di divulgazione impropria di notizie riservate¹⁵¹”.

Analizzati i tratti caratteristici della *governance* bancaria e i correttivi alla disciplina dei sistemi alternativi, come definiti dalle Disposizioni di Vigilanza della Banca D’Italia, occorre valutare gli eventuali vantaggi che offre l’adozione del modello monistico con specifico riferimento all’amministrazione e controllo di una banca.

Essendo la funzione di controllo affidata a un comitato composto da amministratori non esecutivi e indipendenti, la cui stabilità è parzialmente garantita dalla nomina e revoca di competenza assembleare, sembra poter razionalizzare l’intero sistema dei controlli, evitando sovrapposizioni di ruoli. Questo perché il controllo si svolge su due livelli articolati all’interno dello stesso consiglio d’amministrazione: da un lato la supervisione strategica, affidata all’interno consiglio d’amministrazione, dall’altro la funzione di

¹⁵¹ Circ. 285/2013, Disposizioni di vigilanza, Titolo IV, Sezione 5, 1.1.

controllo in senso stretto, affidata al comitato per il controllo sulla gestione.

Inoltre, la vicinanza tra gli organi a cui sono attribuite le diverse funzioni, è in grado di garantire quell'adeguatezza dei flussi informativi, considerata essenziale dalle Disposizioni dell'Autorità di vigilanza. Infatti, i componenti del comitato nella doppia veste di amministratori-controllori sono messi nelle condizioni di ricevere tempestivamente le informazioni necessarie per svolgere efficacemente la funzione di controllo¹⁵².

Nonostante la regolamentazione bancaria tenda a limitare l'autonomia statutaria per garantire *standard* minimi di efficacia degli assetti organizzativi, l'efficacia del modello monistico per l'amministrazione delle banche continua a dipendere dalle modalità con cui i relativi statuti recepiscono le raccomandazioni delle Disposizioni di Vigilanza¹⁵³.

3.1. Il caso Intesa Sanpaolo

Il dibattito sul modello monistico è divenuto di notevole interesse a seguito dell'adozione del modello da parte di una delle principali banche italiane, Intesa Sanpaolo, divenuto ufficiale nel 2016¹⁵⁴.

¹⁵² Vedi Convegno conclusivo del progetto PRIN 2010-11, Regole e Mercato, Siena, 2016

¹⁵³ N. Abriani, Banche e sistema monistico: l'ultimo sarà il primo?, in *Diritto Bancario*, 2016

¹⁵⁴ Cfr. G.D. MOSCO, *Le società quotate. Casebook*, Cacucci, 2018

La banca SanPaolo Imi e Banca Intesa utilizzavano prima della fusione un modello di amministrazione e controllo tradizionale. Nello statuto successivo alla fusione, ufficializzata il 1° Gennaio 2007, viene adottato il sistema dualistico, scelta giustificata dalla necessità di un modello che permettesse l'integrazione tra le due banche. La scelta di Intesa Sanpaolo viene seguita da altre importanti banche (UBI, Mediobanca, Banco Popolare¹⁵⁵).

Mentre altre banche tornano in seguito al modello tradizionale, nell'assemblea straordinaria di Intesa Sanpaolo del 26 Febbraio 2016, viene approvato il passaggio al sistema monistico, con il 98,9 % dei voti presenti. Nella Relazione del Consiglio di Gestione, sottoposta all'assemblea straordinaria per l'approvazione, vengono esplicitate le ragioni alla base della scelta. Nella scelta viene attuato il processo di autovalutazione sulla *governance* richiesto dalle Disposizioni di Vigilanza della Banca D'Italia, attraverso il quale gli organi collegiali di Intesa Sanpaolo giungono a definire tre ambiti di miglioramento: catena decisionale lunga e non sempre lineare; asimmetrie informative all'interno degli Organi e tra gli Organi stessi, nonostante flussi informativi adeguati sotto il profilo qualitativo e quantitativo; eccessiva lontananza della funzione di gestione da quelle di controllo e di supervisione strategica¹⁵⁶.

Secondo la Relazione del Consiglio di Gestione il modello monistico ha il vantaggio di "ottimizzazione dell'efficienza della

¹⁵⁵UBI Banca nasce nel 2007, a seguito della fusione tra Banche Popolari Unite, Banca Lombarda e Piemontese. Anche UBI sceglie di adottare il dualistico in occasione della fusione. Lo stesso vale per Banco Popolare che, aggregando alcune banche popolari italiane, adotta il dualistico. Mediobanca lo adotta come scelta autonoma sempre nel 2007.

¹⁵⁶ Relazione del Consiglio di Gestione di Intesa Sanpaolo, par.1.

funzione di amministrazione in termini di snellezza e di immediatezza nei rapporti tra supervisione strategica e gestione”, essendo attribuite entrambe le funzioni a un unico consiglio d’amministrazione, nonché quello di “evidenti benefici anche in termini di allineamento e condivisione dei flussi informativi”.

In altri termini, l’abbandono del sistema dualistico in favore del monistico è dettato dalle difficoltà trovate nel dualistico di distinguere nettamente le funzioni di supervisione strategica e di gestione, attribuite precedentemente al Consiglio di Sorveglianza e al Consiglio di Gestione. Lo statuto di Intesa Sanpaolo del 2007 prevedeva che il Consiglio di Sorveglianza deliberasse su “indirizzi programmatici e strategici” e “piani industriali e/o finanziari” su proposta del Consiglio di Gestione¹⁵⁷. La scelta fu quella di attribuire al Consiglio di Sorveglianza la competenza di cui all’art. 2409-*terdecies* lett. f-*bis*)¹⁵⁸.

L’attribuzione di competenze gestorie al Consiglio di Sorveglianza e l’incertezza circa la distinzione dei ruoli ha determinato l’abbandono del sistema dualistico, che la Relazione del Consiglio di Gestione del 2016 ha comunque definito la scelta come idonea per le “esigenze di integrazione” immediatamente successive alla fusione delle due banche nel 2007¹⁵⁹. Un ritorno al tradizionale è stato escluso per la necessità di attribuire la funzione di controllo a un comitato interno all’organo con funzione di supervisione strategica, considerato “presupposto fondamentale per salvaguardare l’immediatezza, l’incisività e l’efficacia della funzione di controllo”.

E’ stato evidenziato in precedenza della rilevanza delle scelte

¹⁵⁷ Statuto Intesa Sanpaolo del 2007, Art. 25.1.

¹⁵⁸ L’art 2409-*terdecies* lett. f-*bis*) c.c. prevede che il consiglio di sorveglianza “se previsto dallo statuto, delibera in ordine alle operazioni strategiche e ai piani”

¹⁵⁹ Relazione del Consiglio di Gestione di Intesa Sanpaolo del 2016, par.1.

statutarie nell'adozione del monistico. Esse sono in grado di condizionare il funzionamento e l'efficacia del modello.

Lo statuto di Intesa Sanpaolo prevede un consiglio di amministrazione composto da un numero tra quindici e diciannove membri, di cui cinque compongono il Comitato per il controllo sulla gestione¹⁶⁰. Per tutti gli amministratori sono previsti requisiti di professionalità e onorabilità. Almeno due terzi dei membri devono essere in possesso dei requisiti di indipendenza.

Considerate le precedenti esperienze di *governance*, lo statuto di Intesa Sanpaolo tende a rafforzare il ruolo e l'autonomia del Comitato. In primo luogo, la nomina dei componenti del Comitato rientra tra le competenze assembleari. Per la nomina degli amministratori si procede tramite il voto per lista. Per quanto riguarda la modalità di elezione la scelta statutaria è stata quella che garantisce maggior potere all'assemblea dei soci nella nomina dei componenti del Comitato, ovvero quella della candidatura con sezioni separate per i consiglieri e per i membri del Comitato¹⁶¹.

La nomina assembleare, ovviamente, esclude la revocabilità dei componenti del Comitato da parte del consiglio d'amministrazione. Gli amministratori sono revocabili in ogni tempo dall'assemblea, salvo il diritto degli amministratori al risarcimento dei danni se la revoca avviene in assenza di giusta causa. Nel rispetto delle Disposizioni di Vigilanza, se gli amministratori sono componenti del Comitato, la revoca deve essere motivata.

Lo statuto adotta idonee cautele per il caso in cui la proposta di revoca di un membro del Comitato venga presentata dal consiglio

¹⁶⁰ Statuto di Intesa Sanpaolo, art.13.1.

¹⁶¹ Per le ulteriori modalità di elezione vedi lo Statuto di Intesa Sanpaolo, art.14

d'amministrazione. La proposta di revoca deve essere adottata con il voto favorevole della maggioranza assoluta del consiglio di amministrazione, previo parere del Comitato Nomine. Se la proposta è presentata dallo stesso Comitato, deve essere adottata all'unanimità¹⁶².

Queste disposizioni statutarie sono volte a rafforzare l'indipendenza dei componenti del Comitato, per evitare una situazione di "dipendenza" del comitato al consiglio di amministrazione¹⁶³.

Per rafforzare l'autonomia del Comitato, lo Statuto richiede che gli amministratori siano possessori di requisiti più stringenti rispetto al dettato normativo: inasprendo la disciplina dei limiti al cumulo degli incarichi rispetto alla normativa vigente¹⁶⁴, richiedendo maggiori requisiti di professionalità¹⁶⁵, stabilendo che il venir meno dei requisiti

¹⁶² Statuto Intesa Sanpaolo 2016, art. 15.2.

¹⁶³ Piergaetano Marchetti Tanto tuonò che piovve. Intesa Sanpaolo e il monistico in "Analisi Giuridica dell'Economia", 1/2016 pp. 9-22

¹⁶⁴ Gli artt. 13.5.4. e 13.5.5. dello Statuto di Intesa Sanpaolo prevedono che "Ferma l'applicazione della normativa vigente in materia di cumulo degli incarichi (e in ogni caso i limiti previsti dalla Direttiva europea 26 giugno 2013 n. 36), i componenti del Comitato non possono assumere: i) cariche di natura esecutiva in altre imprese o ii) cariche non esecutive in organi (ivi inclusi gli organi di controllo) di altre imprese di dimensioni significative - per tali intendendosi quelle indicate all'art.13.5.3 lettera a) - in numero superiore a due. A tal fine i candidati alla carica di Componente del Comitato assumono espressamente l'obbligo di far cessare immediatamente le cariche incompatibili in caso di loro nomina. In ogni caso, ferma ogni altra incompatibilità prevista dalla normativa vigente, ai componenti del Comitato è fatto divieto di assumere cariche in organi diversi da quelli con funzione di controllo presso altre società del Gruppo o del conglomerato finanziario, nonché presso società nelle quali la banca detenga una partecipazione strategica, in conformità a quanto stabilito dalla normativa di vigilanza. Le cariche di controllo eventualmente ricoperte ai sensi del presente paragrafo si computano comunque ai fini dei limiti stabiliti al precedente paragrafo 13.5.4."

¹⁶⁵ Art. 13.5.3."I componenti del Comitato devono inoltre aver acquisito una comprovata esperienza di almeno cinque anni nelle materie dei controlli interni, di amministrazione e di finanza che sia maturata: a) in qualità di componente gli organi sociali o per aver svolto compiti direttivi in enti che esercitano attività bancarie o finanziarie aventi un totale attivo almeno pari a 5 miliardi di euro ovvero in enti che svolgono attività assicurativa con un valore lordo di premi annui incassati almeno pari a 1 miliardo di euro, o in enti o imprese con ricavi totali almeno pari a 500 milioni di euro (i dati dimensionali si intendono calcolati sugli ultimi risultati annuali del bilancio d'impresa ovvero, se redatto dall'ente stesso, del bilancio consolidato), ovvero b) per aver svolto attività di insegnamento universitario di ruolo in materia economica o giuridica o per aver prestato in via continuativa servizi o

determina la cessazione anche dalla carica di amministratore. Inoltre, vieta ai componenti del comitato la partecipazione ad altri comitato endoconsiliari, in modo tale da consolidarne il ruolo¹⁶⁶.

Per quanto riguarda le funzioni, lo Statuto si adegua alle prescrizioni delle Disposizioni di Vigilanza prevedendo che il Comitato ha <<il compito di vigilare sull'osservanza delle norme di legge, regolamentari e statutarie sul rispetto dei principi di corretta amministrazione>>. La funzione di controllo del Comitato è svolta in stretta collaborazione con il Presidente del Consiglio di amministrazione, dotato di un ampio catalogo di poteri¹⁶⁷.

Come detto in precedenza, manca, sia nel TUF che nelle Disposizioni di Vigilanza un potere individuale di ciascun componente del Comitato di procedere ad atti di ispezione e controllo, potere che invece spetta a ciascun sindaco nel sistema tradizionale.

E' stato sottolineato che lo Statuto di Intesa Sanpaolo tenta di ovviare alla carenza di poteri individuali dei singoli componenti prevedendo la possibilità che ciascun componente presenti un'istanza al Presidente del Consiglio di amministrazione, anche per eventuali atti di ispezione e controllo, affinché questi possa convocare il Comitato e richiedere lo svolgimento dei suddetti atti.

In questo modo la decisione di procedere ad atti di ispezione e controllo rimane formalmente collegiale, ma nella sostanza proviene

attività professionali di significativo rilievo rispetto ai compiti tipici di un organo di controllo a beneficio degli enti ed imprese indicati al punto a) ovvero c) per essere stati esponenti o aver esercitato compiti direttivi in Amministrazioni pubbliche di rilievo almeno regionale o Autorità, la cui competenza abbia attinenza con l'attività bancaria, finanziaria o assicurativa. 14 Almeno tre di essi devono altresì i) essere iscritti nel registro dei revisori legali e ii) aver esercitato per un periodo di almeno tre anni l'attività di revisione legale o le funzioni di componente di un organo di controllo di società di capitali.”

¹⁶⁶ Statuto di Intesa Sanpaolo, Art.13.5.

¹⁶⁷ Statuto Intesa Sanpaolo, Art.19.1.

dall'iniziativa del singolo componente¹⁶⁸. I poteri individuali, poi, sono rafforzati dalla previsione statutaria per cui il singolo componente può chiedere informazioni sulla gestione agli altri amministratori¹⁶⁹.

Il sistema di *governance* delineato dallo Statuto di Intesa Sanpaolo mira a garantire al Comitato per il controllo sulla gestione stabilità, indipendenza e adeguati poteri per svolgere efficacemente la funzione di controllo, talvolta prevedendo disposizioni ulteriori rispetto al dato normativo, utilizzando lo spazio di autonomia statutaria lasciato dal legislatore.

Il passaggio al sistema monistico di Intesa Sanpaolo è stato seguito recentemente da UBI Banca, che il 19 Ottobre del 2018 ha approvato il nuovo Statuto con il 99,8 % dei voti favorevoli.

UBI era l'unica banca rimasta ad applicare il sistema dualistico. La scelta di adottare il modello monistico è giustificata dall'esigenza di <<adottare modelli di *governance* chiaramente comprensibili anche in ambito sovranazionale¹⁷⁰>>, a seguito dell'avvio nel 2014 del *Single Supervisory Mechanism*, che ha assegnato alla Banca Centrale Europea compiti di vigilanza prudenziale nei confronti delle banche "significative" (ivi compresa UBI Banca).

L'introduzione del modello monistico con la riforma del 2003 era stata accolta con scetticismo, poiché il modello sembrava predisporre un sistema di controlli inadeguato per via del doppio ruolo amministratore-controllore. Successivamente vennero portate avanti riflessioni critiche su questo modello, in particolare studiandone l'applicazione nei paesi d'origine. Il "*turning point*" è rappresentato

¹⁶⁸ Piergaetano Marchetti Tanto tuonò che piovve. Intesa Sanpaolo e il monistico in "Analisi Giuridica dell'Economia", 1/2016 pp. 9-22

¹⁶⁹ Statuto Intesa Sanpaolo, art. 23.5.

¹⁷⁰ Relazione per l'Assemblea straordinaria del 19 ottobre 2018, UBI Banca

dagli inviti a ricorrere ai modelli alternativi di amministrazione e controllo rivolti alle imprese da parte della Consob e della Banca D'Italia. Il fatto che due delle banche principali nel nostro paese, come UBI Banca e Intesa Sanpaolo, le quali necessitano del maggior grado di controllo (essendo banche ed essendo quotate), abbiano accolto le indicazioni delle Autorità di Vigilanza, adottando il modello monistico, segna un passaggio importante per la *corporate governance* del nostro paese.

CONCLUSIONI

L'obiettivo della presente trattazione è quello di analizzare le ragioni del mancato successo del modello monistico nel nostro paese. La comparazione con l'ordinamento inglese e francese mostra quanto la realtà giuridica ed economica di un paese influenzi anche le regole di governo societario, nonostante gli *standard* internazionali tendano alla convergenza verso modelli comuni. Il modello monistico si è sviluppato in paesi in cui i consigli di amministrazione sono meno legati alla proprietà della società, essendo la partecipazione al capitale diffusa fra il pubblico e aperta agli investitori istituzionali.

In Francia il mercato azionario è più simile a quello del nostro paese, con una concentrazione della proprietà in mano a pochi soggetti. Di conseguenza, il consiglio di amministrazione è fortemente legato alla proprietà.

In contesti differenti cambia anche la concezione dei controlli interni: nel panorama societario anglosassone la preoccupazione è rivolta ai possibili abusi da parte degli amministratori a danno dei soci;

al contrario, in un contesto in cui la proprietà azionaria è più concentrata, l'attenzione si sposta sui possibili abusi della maggioranza a danno della minoranza.

A seguito della crisi e degli scandali finanziari, però, si è assistito a un'evoluzione della concezione dei controlli interni. Sono cambiati gli ambiti a cui è rivolto il controllo, non essendo più un controllo societario o organizzativo, ma estendendosi a tutti gli aspetti concernenti la "corretta amministrazione".

In questa prospettiva dei controlli, è avvertita l'esigenza di avere un organo di controllo che possa vigilare effettivamente su tutti gli aspetti dell'amministrazione. Il Comitato per il controllo sulla gestione, partecipando all'attività del Consiglio d'amministrazione, garantisce un flusso informativo costante sui fatti di gestione.

Per questa ragione il modello monistico si è diffuso in gran parte degli ordinamenti. In particolare, il modello monistico può rappresentare una soluzione di *governance* adeguata alle società bancarie. La crisi che ha coinvolto le banche nel periodo 2007-2009 ha reso palese l'inadeguatezza dei controlli all'interno della *governance* delle banche. Un controllo quotidiano sulla gestione della banca, in particolare per quelle di maggiori dimensioni, è considerata una necessità, per le conseguenze c.d. "sistemiche" di eventuali crisi delle banche. Inoltre, una gestione imprudente dei rischi nello svolgimento dell'attività bancaria, può danneggiare una categoria di *stakeholder*, che necessita di una tutela privilegiata: i depositanti.

In ambito comunitario, poi, la nascita del Meccanismo Unico di Vigilanza, che accentra i poteri di vigilanza prudenziale in capo alla BCE, può favorire la convergenza tra modelli di *governance*, così da presentare modelli facilmente riconoscibili nel panorama comunitario.

In Italia, tuttavia, la riforma del 2003, che ha introdotto il modello monistico, non è riuscita a delineare in maniera puntuale il funzionamento del modello, in modo da permettere al Comitato per il controllo sulla gestione di avere la stessa stabilità e gli stessi poteri attribuiti al Collegio Sindacale. Il TUF e le Disposizioni di Vigilanza hanno tentato di superare i suddetti limiti presenti nel Codice Civile per l'applicazione del modello nelle società quotate e nelle banche, introducendo apposite norme per allineare la disciplina del Comitato a quella del Collegio Sindacale. Inoltre, si è evidenziato nella trattazione che l'autonomia statutaria permette di sopperire ad alcune carenze normative. Nonostante questi correttivi, il modello ha comunque avuto scarso successo.

L'invito delle autorità di vigilanza italiane a ricorrere ai modelli alternativi può rappresentare un cambio di rotta. La scelta di Intesa Sanpaolo, analizzata approfonditamente in precedenza, può certamente contribuire alla diffusione del modello. In particolare, le previsioni statutarie denotano un'attenzione particolare al Comitato per il Controllo sulla gestione, per salvaguardarne la stabilità, l'indipendenza e dotarlo di adeguate competenze. Tuttavia, permangono le carenze strutturali nella disciplina del modello monistico, che non possono essere superate tramite scelte pattizie, ma che richiedono un intervento normativo volto a regolare il funzionamento del modello. Se questa considerazione vale per le banche quotate, in cui, come si è visto, i limiti strutturali si riducono al minimo, per le società per azioni non quotate è ancora più evidente che l'asimmetria tra il Collegio Sindacale e il Comitato per il Controllo sulla gestione rende ancora preferibile il modello tradizionale. Appare necessario dotare il sistema monistico di norme volte a disciplinarne gli aspetti tipici, preservandone la natura. In tal modo, il

monistico, anche attraverso gli ampi spazi di autonomia statutaria che lo caratterizzano, può rappresentare un sistema di *governance*, che sia realmente “alternativo” rispetto a quello tradizionale.

BIBLIOGRAFIA

Abriani N., *Banche e sistema monistico: l'ultimo sarà il primo?*, in *Diritto Bancario*, 2016

Alvaro S., Ciccaglione P. e Siciliano G., *L'autodisciplina in materia di Corporate Governance: un'analisi dell'esperienza italiana*, in *Quaderni giuridici*, CONSOB, 2013.

Alvaro S., D'Eramo D., Gasparri G., *Modelli di amministrazione e controllo nelle società quotate Aspetti comparatistici e linee evolutive*, *Quaderni Giuridici Consob*, 2015.

Andriani E. e Neuberger D., *Corporate Governance Bancaria e sistema dualistico: riflessioni sull'esperienza tedesca*, in *Banca Impresa Società*, Il Mulino, 2007.

Angelici, *La società per azioni. Principi e problemi*, Milano, 2012, pp. 226-227, in part. nt. 65, 66 e 67.

Assonime, *Alcune proposte in materia di controlli societari*, in *Riv. soc.*, 2011, 2, 1298 ss.

Assonime, *Sul modello monistico di governo societario*, in *Note e Studi*, p.17, 2019

Bouzemarene D., *L'evoluzione della regolamentazione europea in materia di governance delle banche: dalla CRD IV alle Guidelines EBA*, in *Banca Impresa Società*, Il Mulino, 2016

Bosetti L., *Corporate Governance nell'Unione Europea: interventi di armonizzazione e best practices*, Giappichelli, 2017

Bunger F., *Il modello dualistico nella nuova S.P.A. a confronto con il modello tedesco*, Filodiritto, 2006

Calandra Buonauro V., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in Banca Impresa Società, 1/2015

Calandra Buonauro V., *L'impatto della regolamentazione sulla governance bancaria*, in Banca Impresa Società, 1/2019 pp. 27-48

Capuano P., *La crisi finanziaria internazionale: Il ruolo della funzione di risk delle banche*, Aracne, 2013.

Cheffins B. R., *The Undermining of UK Corporate Governance*, in Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 33, 2013, pp. 503–533

Chiappetta F., in *Diritto del governo societario. La corporate governance delle società quotate*, Padova, CEDAM, 2013, pag. 10

Deakin S. and Konzelmann S. J., *Shareholder Primacy and the Trajectory of UK Corporate Governance John Armour*, British Journal of Industrial Relations, pp. 531-555, 2003

Demb A., Neubauer F. F., *The Corporate Board: Confronting the paradoxes*, Oxford University Press, 1992.

Eisenberg M. A., *The Board of Directors and Internal control*, in Cardozo Law Review, 1997-1998

Ferrari G., *Ruolo degli amministratori indipendenti e Lead Independent Director*, 2005

Irrera, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005

Jensen M., Meckling M. H., *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, vol. 3, n° 4, 1976, pp. 305-360.

Kose, De Masi, Paci, *Corporate Governance in banks*, in Corporate Governance An International Review, 2016

La Porta, Lopez-De Silanes, Shleifer, Vishny, *Legal determinants of external finance* in The Journal of Finance, 1997

Lener R., *Comitati interni e consiglieri non sorveglianti*, Analisi giuridica dell'economia, il Mulino 2007

Li C. A., Wearing, R.T., *Risk management and non-executive directors in UK quoted banks and other financial institutions*, in International journal of disclosure and governance. , 2012

Libonati, in AA. VV., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, a cura di Bianchini, Di Noia, Milano, 2010, p. 199

Mairi Mclean, *Corporate Governance in France and the UK: Long-Term Perspectives on Contemporary Institutional Arrangements*, pp. 88-116 24, 2006

Marchetti P., *Tanto tuonò che piovve. Intesa Sanpaolo e il monistico*, in Analisi Giuridica dell'Economia, 1/2016 pp. 9-22

Marchetti P., *Introduzione*, in Rivista delle Società, 2019, p. 511

Merle, *Faut-il vraiment créer un troisième type de direction des sociétés anonymes en France?*, in Bull. Joly Sociétés, 2000

Mirone A., *Le regole del governo societario e assetti statutari delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in Banca Impresa Società, fascicolo 1, 2017

Montalenti P., *Il diritto societario a dieci anni dalla riforma*, in Nuovo Diritto delle Società, 11/2014

Montalenti P., *Il sistema dualistico: il consiglio di sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in Analisi giuridica dell'economia, Il Mulino, 2007

Montalenti P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in Il governo delle banche, Salerno, 2014

Mosco G. D. e Lopreiato S., *Brevi note su opportunità e limiti attuali del sistema monistico*, in Analisi Giuridica dell'economia, Il Mulino, 2016

Mosco G. D., *Le società quotate. Casebook*, Cacucci, 2018

Mosco G.D., *Rafforzamento dei controlli interni e indebolimenti sistematici degli organi di sorveglianza*, in Analisi Giuridica dell'economia, Il Mulino, 2006

Nordberg D. e McNulty T., *Creating better boards through codification: Possibilities and limitations in UK corporate governance, 1992–2010*, pp. 348-374, 2012

Patelli L., Prencipe A., *The relationship between Voluntary Disclosure and Independent Directors in the Presence of a Dominant Shareholder*, in *European accounting review*, vol. 16, n. 1, 2007, p. 11.

Presti G., Maccabruni F., *Gli amministratori indipendenti: mito e realtà nelle esperienze anglosassoni*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, Il Mulino, 2003, pp. 97-114

Price M., Harvey C., Maclean M. and Campbell, D., *From Cadbury to Kay: discourse, intertextuality and the evolution of UK corporate governance*, in *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, Vol. 31 No. 5, pp. 1542-1562, 2018

Rulli E., *Sistema monistico e codici di autodisciplina: indipendenza, ma non solo*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2016, pp. 123-144

Sacco Ginevri A., *Il conflitto di interessi nella gestione delle banche*, in *Strumenti e modelli di diritto dell'economia*, Vol. 22, Cacucci Editore, 2016

Sarkar T.; Jay S.; Manley G., *An Analysis of the Walker Review of Corporate Governance in U.K. Banks and Other Financial Institutions*, in *The Banking law journal*, 2010

Stella Richter jr. M., *Le opportunità del sistema monistico per il diritto societario*, in *Rivista delle società*, 2019, p.517

Tarantola A. M., *Il sistema dei controlli interni nella governance bancaria*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2008

Valensise P., *Spigolature sul comitato per il controllo sulla gestione del sistema monistico, con particolare riguardo alle società per azioni quotate in borsa*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2016pp. 173-194

Vella F., *Capitalismo e finanza*, Il Mulino, Bologna, 2011, 1 ss

Viandier, *Sociétés et loi NRE. Les Réformes De La Loi «Nouvelles Régulations Économiques»*, Levallois, 2001.

