

**RIVISTA DEI DOTTORI COMMERCIALISTI**

Anno LXIII Fasc. 3 - 2012

Marco Reboa

---

## **I CONTROLLI NEI GRUPPI**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore



ORDINE DEI  
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI  
ESPERTI CONTABILI  
M I L A N O

## I CONTROLLI NEI GRUPPI (\*)

di MARCO REBOA

Negli ultimi anni le norme introdotte nell'ordinamento nazionale in materia di controllo sono state numerosissime, anche a seguito del recepimento di interventi legislativi europei ed internazionali. Significativo, altresì, l'apporto offerto in materia dal Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana.

Si è di conseguenza venuto a creare a livello societario un modello policentrico del controllo (nelle intenzioni del legislatore le « competenze concorrenti » tra organi), che pare oggi assumere la forma di un « reticolo di controlli », dai più considerato eccessivamente oneroso, con duplicazioni e sovrapposizioni, tanto che una sua semplificazione appare possibile ed utile. Eppure parrebbe che il legislatore non abbia previsto in tale modello un *corpus* di disposizioni che espressamente abbiano ad oggetto il sistema dei controlli nell'ambito del gruppo, ovvero che ritaglino, a livello degli organi societari della capogruppo, una specifica funzione di vigilanza e di controllo con precise competenze anche sul gruppo in generale, o, più specificatamente, sulle singole società controllate.

Infatti, a prescindere per ora dalle disposizioni di cui al Capo IX del Codice Civile sulla « Direzione e coordinamento di società », nel descritto proliferare normativo i « ritocchi » apportati dal legislatore in materia di controllo nei gruppi paiono nella sostanza aggiustamenti di portata contenuta <sup>(1)</sup> e comunque rivolti prevalentemente alla sfera dell'organo di controllo. Al riguardo il riferimento è alla previsione secondo cui il collegio sindacale ha facoltà di chiedere informazioni sulle società controllate, non

---

(\*) Relazione presentata al Convegno « Questioni attuali di Diritto societario » promosso da Le Società - Ipsa il 23 novembre 2011.

<sup>(1)</sup> Così, l'art. 2381, comma 5, c.c. prevede genericamente che « *gli organi delegati ... riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale ... sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate* » concetto ripreso dall'art. 150, comma 1, TUF, il quale, nell'ambito dell'informativa che deve essere fornita all'organo di controllo, stabilisce che « *gli amministratori riferiscono tempestivamente, secondo le modalità stabilite dallo statuto e con periodicità almeno trimestrale, al collegio sindacale sull'attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale, effettuate dalla società o dalle società controllate* ».

solo nell'ambito delle riunioni consiliari a cui partecipa ma anche rivolgendosi direttamente agli organi sociali delle controllate. Segnatamente:

— per le società non quotate l'art. 2403-bis, comma 2, c.c. stabilisce che il collegio sindacale possa scambiare informazioni con i « *corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale* »<sup>(2)</sup>; mentre

— per le società quotate l'art. 151 TUF indica espressamente che il collegio sindacale possa rivolgere specifiche richieste circa l'« *andamento delle operazioni sociali o su determinati affari ... agli organi di amministrazione e di controllo delle società controllate* » (comma 1), nonché « *scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale* » (comma 2)<sup>(3)</sup>.

Tale potere d'indagine non è invece definito per gli amministratori non esecutivi, i quali possono accedere alle informazioni sulle controllate esclusivamente per il tramite del/i amministratore/i delegato/i. Nel quadro delineato si colloca quindi la disciplina sulla « Direzione e coordinamento di società »: a ben vedere il legislatore non offre una definizione propria dell'attività in parola né tantomeno richiama, in tale contesto, il riferimento esplicito alla fattispecie di gruppo o di controllo a cui applicarla. Tale scelta — di non richiamare cioè il concetto di gruppo — è chiaramente enunciata nella Relazione di accompagnamento alla cd. « Riforma Vietti » del 2003, nella quale viene altresì chiarito che « *il problema centrale del fenomeno del gruppo sia quello della responsabilità della controllante nei confronti degli azionisti di minoranza delle controllate* ».

A prima vista il tema del sistema di controllo nel gruppo parrebbe estraneo al Capo IX del Codice Civile, nondimeno l'interpretazione giurisprudenziale oggi dominante rileva che la titolarità dell'« *attività di direzione e coordinamento* » desumibile dalla lettura in positivo dell'art. 2497, commi 1 e 2, c.c. (per le banche dall'art. 61, comma 4, TUB) consente di per sé di delineare il ruolo — attivo — che di conseguenza va ad assumere la capogruppo, anche relativamente alla funzione di controllo nei confronti delle società dirette e coordinate, ovvero delle società del gruppo.

Cercherò di spiegarmi più chiaramente: a prescindere dalla presunzione relativa di assoggettamento alla disciplina in parola (art. 2497-sexies c.c.), è pacifico che la sussistenza dell'attività di direzione e coordinamento debba essere accertata in concreto: si tratta di verificare cioè caso per caso se essa sia effettivamente esercitata. La valutazione, da parte della controllata, sulla sussistenza o meno dell'attività di direzione e coordinamento poggia sulla

<sup>(2)</sup> Quanto scritto è applicato, in quanto compatibile, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2409 *quaterdecies*, comma 1, c.c. anche al consiglio di sorveglianza nell'ambito del sistema « dualistico ».

<sup>(3)</sup> Per i sistemi « dualistico » e « monistico », si rinvia rispettivamente agli artt. 151-bis e 151-ter TUF.

presenza di alcuni « indici sintomatici » dell'esercizio da parte della controllante dell'attività in parola.

Tra i più ricorrenti indicatori sintomatici dell'attività di direzione e coordinamento si annoverano:

— l'approvazione di piani industriali, finanziari e strategici e di *budget* della controllata;

— l'emanazione di direttive o istruzioni da parte della controllante avente ad oggetto le decisioni in materia finanziaria e creditizia, così come la definizione di strategie di mercato, commerciali, ecc. della controllata;

— l'accentramento della tesoreria o di altre funzioni di assistenza finanziaria in capo alla controllante;

— il rilascio da parte della controllante di autorizzazioni per iniziative della controllata di investimento superiori a determinate soglie;

— la predisposizione o l'approvazione da parte della controllante di organigrammi della controllata relativi alle principali funzioni aziendali;

— e così via discorrendo.

Tali indicatori sintomatici — a ben vedere si discorre di politiche a livello di gruppo — esprimono, per la loro valenza, altrettanti elementi del sistema di controllo interno (meccanismi operativi in gergo aziendale): in altri termini, gli indicatori sintomatici che danno contenuto alle modalità di esercizio dell'attività di coordinamento e di controllo indicano come la stessa sia inequivocabilmente anche un'attività di presidio della capogruppo sul sistema di controllo all'interno del gruppo.

In ultima analisi, si rappresenta un coinvolgimento attivo dell'organo amministrativo della capogruppo (e con esso dei suoi comitati, organismi interni consultivi) nella definizione dei superiori aspetti di monitoraggio e controllo del gruppo, che trovano fondamento nell'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento. Il consiglio di amministrazione, in sintesi, finisce quindi per svolgere un potere di indirizzo sul sistema di controllo delle società controllate.

Perché fornire questo inquadramento giuridico? Se non altro, per segnalare l'evoluzione interpretativa in materia di controllo nei gruppi e per annotare, di conseguenza, come sia definitivamente « tramontata » una precedente interpretazione, in auge in passato, secondo la quale le distinte personalità giuridiche della capogruppo e delle controllate andavano ad erigere una sorta di diaframma che delimitava il campo d'azione dei rispettivi organismi societari. In altri termini, tale distinzione teneva nettamente differenziate le responsabilità degli amministratori delle società capogruppo da quelle degli amministratori delle società controllate, ai fini che qui rilevano ovviamente in materia di controllo, per possibili carenze riscontrate nelle società partecipate. « *Non esiste l'amministratore di gruppo* » si osservava al riguardo; un'affermazione asciutta, ma espressiva di una posizione interpretativa ampiamente diffusa prima dell'introduzione, nel Codice riformato del 2003, del Capo IX e della conseguente nuova giurisprudenza formatasi che

considera l'esercizio dei controlli all'interno del gruppo come parte integrante dell'attività di direzione e coordinamento. Non a caso, ricordo le perplessità da parte di taluni in sede di revisione del Codice di Autodisciplina, nel 2002, quando, per la prima volta, si introducevano tra i compiti del consiglio di amministrazione i primi « timidi » accenni al gruppo: « a) *esamina ed approva i piani strategici, industriali e finanziari della società e la struttura societaria del gruppo di cui essa sia a capo; ... f) verifica l'adeguatezza dell'assetto organizzativo ed amministrativo generale della società e del gruppo predisposto dagli amministratori delegati* ». Certo è che nella versione Codice di Autodisciplina del 2006 tali remore sono venute a cadere e tra i compiti dell'organo amministrativo si è introdotta un'ampia disanima delle tematiche riguardanti le società controllate, in particolare, quelle di maggiore rilevanza. Del resto, lo stesso Comitato per la *Corporate Governance* nel redigere questa versione del Codice di Autodisciplina non ha nascosto di ritenere che « *il consiglio di amministrazione [dell'emittente] abbia la responsabilità primaria di determinare e perseguire gli obiettivi strategici [della medesima] e del gruppo ad esso facente capo* » e che, pertanto, è logico che « *il consiglio di amministrazione: a) esamina e approva i piani strategici, industriali e finanziari dell'emittente e del gruppo di cui esso sia a capo, il sistema di governo societario dell'emittente stesso e la struttura del gruppo medesimo; b) valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile generale dell'emittente e delle controllate aventi rilevanza strategica predisposto dagli amministratori delegati, con particolare riferimento al sistema di controllo interno e alla gestione dei conflitti di interesse; ... e) valuta il generale andamento della gestione ...; f) esamina e approva preventivamente le operazioni dell'emittente e delle sue controllate, quando tali operazioni abbiano un significativo rilievo strategico, economico, patrimoniale o finanziario per l'emittente stesso ...* ».

Trattando di « travasi » di responsabilità all'interno del gruppo, sia permesso un esempio manifesto agli occhi di tutti, vale a dire la progressiva dilagante estensione della responsabilità in materia di reati presupposto ex D.Lgs. 231/2001 dalla controllata alla controllante capogruppo. Tutti ricordiamo la cosiddetta originaria visione « atomistica » proposta dai penalisti, secondo la quale era auspicabile tenere fortemente separati a livello di *legal entity* gli organismi di vigilanza, nonché i modelli organizzativi gestionali, evitando, quindi, interferenze e direttive tra le società del gruppo, così da scongiurare il « pericolo » di un « contagio infragruppo », che potesse far risalire la responsabilità amministrativa dalla controllata alla capogruppo. Nessuna barriera fu tanto fragile: basti pensare alla recente sentenza della V Sezione penale della Corte di Cassazione (sentenza n. 24583/2011) che sembra oramai aver « sciolto » qualsiasi dubbio riguardante il possibile trasferimento, in capo alla capogruppo, della responsabilità amministrativa anche per l'illecito commesso da una società controllata (la presunta « cinghia di trasmissione »).

Non da ultimo, vorrei poi richiamare ad integrazione delle fonti che trattano il controllo a livello di gruppo la posizione assunta dalla Consob. L'attenzione non è qui posta alla nota Delibera n. 17221 del 2010 in tema di parti correlate o all'art. 39 del Regolamento Emittenti (in entrambi i casi mi pare che il *focus* più che sul controllo sia posto sulla tutela degli azionisti di minoranza), quanto alla Comunicazione n. 46789 del 20 maggio 2010, nella quale Consob ha espressamente previsto che un amministratore indipendente della controllante possa occupare analoghe incarichi presso le controllate, senza per questo perdere il requisito della indipendenza, ovviamente in capo alla controllante. In altri termini, si è concesso agli amministratori indipendenti la facoltà — storicamente prevista per i soli sindaci (v. quanto disciplinato da Consob nel febbraio 1997) — di poter essere componente di organismi societari di più entità del medesimo gruppo. Ora, poiché il sistema di controllo presenta tra i suoi attori « chiave » proprio gli amministratori indipendenti, sono evidenti le implicazioni in materia di coordinamento del controllo all'interno del gruppo rappresentate dalla possibile comunanza di soggetti negli organi gestori di diverse società dello stesso gruppo (*in primis* come agevolare l'acquisizione delle informazioni necessarie ad adempiere alle funzioni di propria competenza).

Orbene, per quanto si è andati sin qui a rappresentare si può quindi concludere che il problema del « sistema del controllo » all'interno del gruppo è prima di tutto un problema di espansione, si passi il termine, « geografica » dell'ambito di riferimento del sistema di controllo della società capogruppo, con le conseguenze proprie di qualsiasi estensione del campo oggetto del controllo: trattasi cioè di un aumento dei fenomeni soggetti al presidio ed al monitoraggio da parte della *holding*. Certo, nel contempo, non va trascurata la peculiarità che l'espansione di ambito comporta inevitabilmente il superamento dei confini rappresentati dalle singole figure giuridiche delle *legal entity* e delle responsabilità « concorrenti » dei rispettivi organi societari. Ma quest'ultimo aspetto, di fatto, trova soluzione proprio ricorrendo a quei meccanismi operativi — leggasi direttive, istruzioni e regolamenti di gruppo — che danno contenuto all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui al Capo IX del Codice Civile. Del resto, è agli occhi di tutti che il comitato di controllo della capogruppo già esamina ed approva il piano predisposto dall'*internal audit* a livello di gruppo, il piano di revisione a livello di gruppo, la *policy* finanziaria sempre a livello di gruppo e così via discorrendo.