

PARTE III
CASI E PROBLEMI DI INTERESSE NOTARILE
DOCUMENTI

ANDREA ZOPPINI
NOTE SULL' AMMINISTRATORE INDIPENDENTE
'DI GRUPPO' (*) (**)

1. Vista la disciplina degli amministratori indipendenti di cui all'art.147-ter del Testo Unico Finanza (da ora in avanti anche solo "TUF"), nonché quella prevista dal Codice di Autodisciplina delle società quotate, sono richiesto di un parere *pro veritate* in ordine al seguente quesito:

«se gli amministratori indipendenti della Banca XYZ s.p.a. (da ora in avanti anche solo «XYZ») possano essere nominati quali amministratori indipendenti non esecutivi in società dalla stessa controllate, e - in caso di risposta affermativa - quali presidi organizzativi e procedurali debbano essere opportunamente assunti dal consiglio di amministrazione della società controllante».

2. Allo scopo di rispondere al quesito i riferimenti di disciplina che vengono in rilievo sono:

- l'art. 147-ter, co. 4, TUF, il quale dispone: «In aggiunta a quanto disposto dal comma 3, almeno uno dei componenti del consiglio di amministrazione, ovvero due se il consiglio di amministrazione sia composto da più di sette componenti, devono possedere i requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci dall'articolo 148, comma 3, nonché, se lo statuto lo prevede, gli ulteriori requisiti previsti da codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria»;

- l'art. 148, co. 3, TUF, il quale dispone: «Non possono essere eletti sindaci e, se eletti, decadono dall'ufficio: a) coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382 del codice civile; b) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo; c) coloro che sono legati alla società od alle società da questa controllate od alle società che la controllano od a quelle sottoposte a comune controllo ovvero agli amministratori della società e ai soggetti di cui alla lettera b) da rapporti di lavoro autonomo o subordinato ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o professionale che ne compromettano l'indipendenza»;

(*) Parere *pro veritate*.

(**) In questa stessa parte terza, pp. 1201-1210 s., v. la risposta Consob al quesito presentato dal Prof. A. Zoppini.

_ il Principio 3 (*"Amministratori indipendenti"*) del Codice di Autodisciplina, 2006, il quale recita:
«3.P.1. *Un numero adeguato di amministratori non esecutivi sono indipendenti, nel senso che non intrattengono, ne hanno di recente intrattenuto, neppure indirettamente, con l'emittente o con soggetti legati all'emittente, relazioni tali da condizionarne attualmente l'autonomia di giudizio.* 3.P.2. *L'indipendenza degli amministratori è periodicamente valutata dal consiglio di amministrazione. L'esito delle valutazioni del consiglio è comunicato al mercato*»;

_ la Raccomandazione della Commissione Europea n. 2005/162/CE del 15 febbraio 2005 su *"Ruolo degli amministratori senza incarichi esecutivi o dei membri del consiglio di sorveglianza e sui comitati del consiglio di amministrazione o di sorveglianza"*;

_ l'articolo 37, comma 1, la lettera d) del regolamento di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina dei mercati, adottato con delibera n. 16191 del 29 ottobre 2007 e da ultimo modificato con delibera n. 1685 o del 1 o aprile 2009, ai sensi del quale" (...) Per le società controllate sottoposte all'attività di direzione e coordinamento di altra società italiana o estera con azioni quotate in mercati regolamentati è altresì richiesto un consiglio di amministrazione composto in maggioranza da amministratori indipendenti. Ai fini della presente lettera, non possono essere qualificati amministratori indipendenti coloro che ricoprono la carica di amministratore nella società o nell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento o nelle società quotate controllate da tale società o ente";

_ da ultimo, l'art. 15 dello Statuto Sociale di BXYZ, nella versione aggiornata al 15 ottobre 2009.

3. In tema non si rinvencono disposizioni regolamentari né giurisprudenza specifica, sicché al quesito sottoposti deve darsi risposta esclusivamente sulla base della analisi dei principi della materia.

4. All'evidenza, la soluzione da dare al quesito oggetto del presente parere dipende strettamente dallo scioglimento di due nodi preliminari, tra loro strettamente connessi.

4.a. La prima questione é relativa a come debba essere inteso il concetto di «indipendenza» quale attributo qualificante la categoria degli amministratori non esecutivi.

4.b. La seconda questione - evidentemente dipendente dalla prima - è invece attinente alla soluzione di un problema di portata più particolare: l'interrogativo, cioè, se la qualifica dell'indipendenza possa essere perduta dall'amministratore indipendente che:

i) accetti di essere candidato al relativo ufficio da parte dell'emittente e socio di controllo; ovvero che, alternativamente,

ii) a seguito dell'elezione, accetti la nomina e si trovi concretamente a svolgere la funzione di amministratore (*necessariamente*) indipendente sia nell'interesse dell'emittente-controllante, sia nell'interesse della società da esso controllata.

4.c. Va da sé che, in ipotesi di risposta affermativa all'interrogativo esposto *sub* 4.b., la qualifica di amministratore indipendente verrebbe ad essere persa sia con riferimento alla società controllante, sia con riferimento alla società controllata. Ciò precisato, passo all'analisi delle questioni così come poc'anzi prospettate senza intrattenermi *ex professo* sulla distinzione tra amministratori *esecutivi*, *non esecutivi*, *indipendenti*, «di minoranza»; distinzione che sarà per nota nel prosieguo della trattazione.

5. Richiamata preliminarmente l'attenzione sulla circostanza che nel nostro ordinamento non esiste una disciplina organica degli amministratori indipendenti, la quale e, per contro, la risultante di una congerie di disposizioni normative aventi ad oggetto diversi sistemi di *corporate governance* e situate a livelli differenti della gerarchia delle fonti, può subito dirsi che, al di là delle differenze di disciplina, il requisito dell'indipendenza deve essere inteso nel nostro ordinamento in termini più allargati rispetto ai sistemi in cui la figura è stata originariamente elaborata; sistemi essenzialmente connotati da una marcata separazione fra proprietà e controllo. In sistemi, quale il nostro, connotati da "proprietà concentrata", l'indipendenza è attribuito da riferirsi alla funzione di controllo esercitata dagli amministratori indipendenti sia nei confronti dei soggetti titolari della funzione di gestione (rispetto al pericolo di perseguimento di fini extrasociali), sia nei confronti dell'azionista di controllo (rispetto alle interferenze nella gestione della società allo scopo di estrazione dei c.dd. "benefici privati").

5.a. L'indipendenza di giudizio richiesta agli amministratori indipendenti non è diversa dall'indipendenza di giudizio che deve in principio guidare anche l'azione degli amministratori esecutivi (1). Gli uni e gli altri, infatti, sono richiesti di svolgere le funzioni loro proprie nell'interesse esclusivo della società, contemperando tutti gli interessi coinvolti al suo interno.

Il *discrimen* tra i ruoli propri delle due categorie è rappresentato dal determinarsi di una bipartizione all'interno del consiglio di amministrazione tra funzione di gestione (o esecutiva) e funzione di controllo (o di sorveglianza della integrità e correttezza dei processi decisionali).

(1) Cfr., in questi termini, Borsa Italiana, Codice di Autodisciplina, Commento all'art. 3, p. 23.

Agli amministratori indipendenti e in buona sostanza richiesto di partecipare ai processi deliberativi in modo informato e vigile con riguardo alla prevenzione di interferenze di interessi extrasociali di cui gli amministratori esecutivi o l'azionista di controllo potrebbero essere portatori a livello generale o con particolare riferimento a una determinata operazione gestoria.

Avuto riguardo a questi compiti, ben si comprende come sia difficile isolare l'attributo dell'indipendenza in una precisa regola definitoria comune che esattamente tipizzi al suo interno le ipotesi al ricorrere delle quali l'amministratore non può dirsi indipendente (2).

5.b. In considerazione del fatto che pure all'interno del nostro stesso ordinamento vigono definizioni diverse di indipendenza (3), in linea con le più recenti tendenze europee e con le ultime evoluzioni della *best practice* domestica, ritengo preferibile abbracciare una prospettiva che in termini generali ed elastici sia orientata al privilegio della "sostanza" sulla "forma".

Secondo il criterio "europeo", ad esempio, «un amministratore dovrebbe essere considerato indipendente solo se e libero da relazioni professionali, familiari o di altro genere con la società, il suo azionista di controllo o con i dirigenti di entrambi, che creino un conflitto di interessi tale da poter influenzare il suo giudizio» (4).

Tale approccio - che sta trovando rapida attuazione a livello di codici di comportamento - trova spesso completamento con l'indicazione di una serie di fattispecie a rischio: rimane, tuttavia, prerogativa del consiglio di amministrazione valutare l'indipendenza, la quale potrebbe ricorrere in fattispecie non "tipiche" ed essere motivatamente esclusa, di contro, in casi in cui si ritiene normalmente ricorra.

5.c. In materia, anche il Codice di Autodisciplina ha voluto privilegiare la valutazione della sostanza sulla forma.

Il Codice invita il consiglio di amministrazione a valutare concretamente se l'amministratore che si

(2) Giudizio simile si rinviene in Assonime, Circolare 45/2 o 09, L'indipendenza dei componenti degli organi di amministrazione e controllo nelle società per azioni, p. 44 s.

(3) V. esemplificativamente l'art. 2399, co. 1, c.c. per gli amministratori indipendenti nel sistema monistico e i criteri menzionati nell'ambito del Principio 3 del Codice di Autodisciplina.

(4) Art. 13 Raccomandazione CE cit.

qualifichi come indipendente si trovi in una «situazione di fatto» (5) caratterizzata dall'assenza di relazioni con l'emittente o con soggetti ad esso legati, tali da condizionarne realmente l'autonomia di giudizio.

Le indicazioni di situazioni sintomatiche (6) del difetto di indipendenza non sono in proposito né esaustive, né vincolanti. In proposito è chiaramente affermato che il consiglio di amministrazione rimane libero di ritenere che l'indipendenza sussiste comunque anche in presenza di una delle fattispecie previste dal Codice, a condizione che tale conclusione sia adeguatamente motivata (7) e comunicata al mercato (8). I sindaci verificano la adeguatezza della motivazione.

5.d. All'esito delle riflessioni svolte si può quindi stabilire una prima conclusione, da sottoporre comunque a verifica: la nomina di un amministratore indipendente di una società ad amministratore indipendente della sua controllata non implica *ex se* la perdita del requisito dell'indipendenza.

6. Tanto premesso in termini generali si può passare ad esaminare l'interrogativo più particolare, così come articolato nel prec. § 4.b.

6.a. Circa il problema della legittimazione del socio di controllo a proporre la candidatura dell'amministratore indipendente [§ 4.b., lett. i)], si può affermare, sulla scorta di una valutazione sostanzialistica dell'indipendenza, l'irrilevanza ai fini del relativo giudizio della provenienza della candidatura dal socio di minoranza piuttosto che da quello di maggioranza. Del resto, è nota come la circostanza che un amministratore sia nominato dalle minoranze sia del tutto «neutra» a questi stessi fini anche per il nostro legislatore (arg. *ex art.* 147-ter, comma 3, TUF) (9).

Sulla base di queste considerazioni può quindi raggiungersi un'altra conclusione: la qualifica di indipendente non è perduta là dove la candidatura all'ufficio dell'amministratore che si dichiara indipendente provenga dal socio di controllo. Rimane ovviamente valido il criterio per cui l'indipendenza deve essere successivamente verificata in concreto.

(5) Borsa Italiana, Commento all'art. 3, cit., p. 23, secondo cui l'indipendenza non indica un «giudizio di valore», ma, appunto, una situazione di fatto.

(6) Vedile elencate *sub* criterio 3.C.1.

(7) Secondo il modello *comply or explain* fatto proprio dal Codice di Autodisciplina delle società quotate.

(8) Borsa Italiana, Commento all'art. 3, cit., p. 24.

(9) In termini analoghi, v., in dottrina, D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, in *Liber amicorum* G.F. Campobasso, vol. 2, Torino, 2007, p. 414 s.

6.b. Quanto al problema relativo al sussistere del requisito dell'indipendenza nell'ipotesi di concreto svolgimento del medesimo ufficio a favore della società controllante e della sua controllata [§ 4.b., lett. ii)], si deve considerare quanto segue.

6.b.1. E, almeno in linea teorica astratta, possibile argomentare che non è immaginabile il simultaneo ricorrere della «indipendenza» dell'amministratore per entrambe le società; ciò sulla base del fatto che:

- i) l'amministratore intratterrebbe un rapporto rilevante con un soggetto controllato dall'emittente e,
- ii) relativamente alla società controllata, sarebbe possibile rilevare l'esistenza di un rapporto significativo dell'amministratore con l'azionista di controllo.

Ricordato, tuttavia, come la valutazione dell'indipendenza debba, anche a questo proposito, svolgersi in concreto e su un piano sostanziale, ci si può avvedere del fatto che il ricorrere dell'indipendenza può essere argomentato e dimostrato sulla base di plurime considerazioni.

6.b.1. a) In primo luogo, può richiamarsi l'attenzione sulla circostanza che la nomina dell'amministratore è relativa ad un soggetto la cui indipendenza è già stata verificata, atteso che la sua autonomia di giudizio è stata accertata dal consiglio di amministrazione della società controllante.

Con ciò vuol dirsi che - avuto esclusivo riguardo alla società controllata - la candidatura e la “nomina” dell'amministratore provengono da un soggetto dal quale, allo stato, non provengono condizionamenti o suggestioni. Sicché, anche in termini generali, ben si può sostenere che la simultaneità di incarichi non implica per ciò solo difetto del requisito dell'indipendenza. Tale ultimo requisito deve essere autonomamente ed *ex novo* accertato - se ne ricorrono i presupposti di legge o di statuto - dalla società controllata, avuto riguardo ovviamente al (peculiare) rapporto che l'amministratore già intrattiene col suo azionista di controllo, ma non può sostenersi che la scelta di candidare un proprio amministratore indipendente da parte della controllante implichi la perdita del relativo requisito per entrambe le società.

6.b.1. b) Alla luce del contesto di gruppo in cui ci si muove può del pari richiamarsi l'attenzione sulla circostanza che il simultaneo espletamento dell'ufficio, lungi dal determinare la perdita del requisito *de quo*, può al contrario facilitare l'esercizio della funzione di controllo e sorveglianza di cui l'amministratore indipendente è titolare.

Accertata l'indipendenza ai due livelli e constatata la sostanziale unitarietà dell'impresa di gruppo, un elemento di favore al contemporaneo esercizio delle funzioni si può desumere dalla circostanza

che ad essere facilitata risulterebbe la circolazione del flusso di informazioni infragruppo. Ne risulterebbe sensibilmente migliorato il quadro informativo a disposizione dell'amministratore indipendente nell'esercizio della sua attività di vigilanza, tra l'altro in relazione a uno dei profili topici della sua funzione: le operazioni infragruppo o con parti correlate.

Di ciò evidentemente beneficia il consiglio di amministrazione della società controllante, che può in questo modo potenziare la propria capacità e informazione al fine di valutare l'efficienza della gestione della c.d. impresa di gruppo.

6.b.1. c) Quanto fin qui sostenuto non pare possa essere disconosciuto sulla base del dato letterale delle disposizioni contenute nell'art. 148, comma 3, TUF (10), nell'art. 2399 c.c., nel criterio 3.C.l. c) del Codice di Autodisciplina. Tutte queste disposizioni - riferite ai sindaci e agli amministratori indipendenti - richiamano invero l'esistenza di "rapporti di lavoro autonomo o subordinato" o "professionale" ai fini della esclusione del requisito di indipendenza. Di talché, potrebbe sostenersi che la sussistenza di un rapporto di lavoro autonomo (11) con la società controllata (o, a seconda dei casi, con la stessa controllante), qual è quello rappresentato dal rapporto di amministrazione o dalla nomina a sindaco, porta ad escludere l'indipendenza di giudizio richiesta al «controllore». 11 problema è stato affrontato *ex professo* con riferimento alla tematica del c.d. «sindaco di gruppo». In proposito, senza qui ripercorrere ed esporre tutti i termini del dibattito, vale la pena ricordare come sul punto sia a suo tempo intervenuta la stessa CONSOB, la quale, sulla base di considerazioni assai simili a quelle dianzi da me esposte *supra sub* § 6.b.1. b), ha affermato la liceità della nomina del sindaco in più società del gruppo. Di più: la CONSOB è a suo tempo giunta a raccomandare l'elezione del sindaco della capogruppo nei collegi delle controllate (12).

6.b.1. d) Infine, la soluzione che si ritiene corretta può argomentarsi *a contrario* da quanto disposto dall'art. 37, comma 1, lettera d) del regolamento di attuazione del Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernente la disciplina dei mercati, sopra richiamato al § 2, atteso che solo "ai fini della presente lettera, non possono essere qualificati amministratori indipendenti coloro che ricoprono la carica di amministratore nella società o nell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento o nelle società quotate controllate da tale società o ente".

(10) Le condizioni di ineleggibilità e di decadenza dettate per i sindaci da questa disposizione sono richiamate per gli amministratori indipendenti dall'art. 147-ter, comma 3, TUF.

(11) Più precisamente: prestazione d'opera professionale.

(12) Consob, Comunicazione n. 97001574/1997.

Con il che appare chiaro che ben un amministratore indipendente può rivestire il ruolo di amministratore indipendente nella società controllante, fermo restando il limite nel caso in cui la società controllata è quotata ed è sottoposta ad attività di direzione e coordinamento da una società quotata in mercati regolamentati (situazione di fatto che - come chiarito nel quesito - nel caso di specie del quesito non sussiste, atteso che le società controllate non sono quotate).

6.c. In conclusione, può sostenersi che l'amministratore indipendente tale rimane pur quando la società controllante decida di proporre la sua candidatura al medesimo ufficio nella società da essa controllata e pur quando, all'esito della elezione, egli accetti di svolgere il medesimo ufficio a favore di entrambe le società (13).

Spetterà al consiglio di amministrazione della società controllata - qualora ne ricorrano gli estremi di legge (ad es. società quotata) o di statuto [v. art. 2387 C.c. (14)] - valutare l'indipendenza di giudizio dell'amministratore che si dichiara indipendente.

Spetterà invece al consiglio di amministrazione della società controllante - in sede di verifica "intertemporale" dell'indipendenza del proprio amministratore o di sua ulteriore nomina - motivare adeguatamente [essenzialmente sulla base di quanto detto *sub* § 6.c.1. b)] il ricorrere della indipendenza pur nella ipotesi di contemporaneo esercizio dell'ufficio in società controllata.

7. In termini strettamente pratici, potrà essere opportuno che il consiglio di amministrazione della controllante:

- a) adotti una deliberazione preventiva con la quale attesti che, in ragione delle finalità perseguite, della natura e della remunerazione dell'incarico, la qualifica di indipendenza è coerente e compatibile con la nomina quale amministratore, sempre indipendente, in una società controllata;
- b) determini, ove ritenuto necessario, una specifica procedura per operare la designazione di amministratori indipendenti quali amministratori delle società controllate (fissando eventuali limiti e/o cautele).

(13) In senso analogo v. Assonime, Circolare 45/2009, L'indipendenza dei componenti degli organi di amministrazione e controllo nelle società per azioni, p. 42 s.

(14) V. Assonime, Circolare 45/2009, L'indipendenza dei componenti degli organi di amministrazione e controllo nelle società per azioni, p. 39.