



Disegno di ordinanza contro le retribuzioni abusive nelle società anonime quotate in borsa (OReSA)

Rapporto complementare

8 ottobre 2013

Sommario

1	Genesi e scopo del rapporto complementare	3
2	Commento delle singole disposizioni	3
2.1	Titolo e campo d'applicazione (art. 1).....	3
2.2	Assemblea generale (Art. 2)	4
2.3	Consiglio d'amministrazione (art. 3-6).....	4
2.4	Comitato di retribuzione (art. 7)	5
2.5	Rappresentante indipendente (art. 8-11)	5
2.6	Disposizioni statutarie (art. 12)	7
2.7	Relazione sulle retribuzioni (art. 13-17)	8
2.8	Decisioni dell'assemblea generale (art. 18 seg.).....	9
2.9	Retribuzioni vietate (art. 20 seg.)	11
2.10	Obbligo di voto e di trasparenza degli istituti di previdenza (art. 22 seg.).....	12
2.11	Disposizioni penali (art. 24 seg.)	13
2.12	Disposizioni transitorie (art. 26-32)	18
2.13	Entrata in vigore (art. 33)	18

1 Genesi e scopo del rapporto complementare

Il 14 giugno 2013 il Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP) ha avviato l'indagine conoscitiva sull'avamprogetto di ordinanza contro le retribuzioni abusive¹ che si è conclusa il 28 luglio 2013. Sono stati presentati in tutto 71 pareri². Inoltre, sono state sentite le commissioni degli affari giuridici del Consiglio degli Stati, il 26 agosto 2013, e quella del Consiglio nazionale il 5/6 settembre 2013.

Nel presente rapporto è detta avamprogetto la versione dell'ordinanza del 14 giugno 2013, recante la data «del 22 novembre 2013», oggetto della citata indagine conoscitiva. Il rapporto esplicativo del 14 giugno 2013 commenta l'avamprogetto³.

È detta disegno la versione dell'ordinanza sulla cui entrata in vigore deciderà il Consiglio federale. Il presente rapporto commenta prevalentemente le modifiche all'avamprogetto apportate in seguito alla dettagliata valutazione dei pareri.

2 Commento alle singole disposizioni

2.1 Titolo e campo d'applicazione (art. 1)

La lingua italiana non conosce la nozione di «Abzockerei» che nemmeno figura nell'articolo 95 capoverso 3 Cost. Pertanto, il titolo tedesco dell'ordinanza è stato reso con il titolo italiano dell'avamprogetto cui è stato aggiunto il riferimento alle società anonime quotate in borsa.

L'articolo 1 capoverso 1 non menziona più l'articolo 763 del Codice delle obbligazioni (CO)⁴ poiché le società di cui all'articolo 763 CO già ora non sono assoggettate alle disposizioni del CO sulla società anonima.

Il capoverso 2 prevede ora espressamente che il diritto delle corporazioni di diritto pubblico di designare e revocare rappresentanti in seno al consiglio d'amministrazione secondo l'articolo 762 CO prevale sulle corrispondenti disposizioni del disegno (tra l'altro art. 3).

La maggior parte dell'ordinanza è strettamente connessa con il codice delle obbligazioni; determinate disposizioni prevalgono addirittura sulle disposizioni del CO. Pertanto per mantenere una certa coerenza linguistica, la versione tedesca rinuncia alla formulazione non sessista.

L'eventuale prevalenza dell'ordinanza non riguarda soltanto le disposizioni del CO sulla so-

¹ Comunicato stampa del DFGP del 26 marzo 2013

(<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/it/home/dokumentation/mi/2013/2013-03-261.html>).

² Cfr. sintesi dei pareri sull'avamprogetto di ordinanza contro le retribuzioni abusive del 4 settembre 2013.

³ I documenti possono essere consultati agli indirizzi: <http://www.admin.ch/ch/i/gg/pc/past.html> (2013, EJPD) e <http://www.bj.admin.ch/content/bj/it/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html>.

⁴ RS 220

cietà anonima⁵ ma anche altri ambiti come per esempio il diritto del lavoro.

2.2 Assemblea generale (art. 2)

Contrariamente a quanto previsto nell'avamprogetto, l'assemblea generale non è più tenuta imperativamente a eleggere direttamente il sostituto del presidente del consiglio d'amministrazione e del rappresentante indipendente. L'articolo 2 numeri 1 e 3 dell'avamprogetto prescriveva tale prassi al fine di prevenire la rettifica giudiziaria delle lacune nell'organizzazione obbligatoria della società (art. 731*b* e art. 941*a* CO nonché art. 154 ORC⁶). I nuovi articoli 4 capoverso 4, 7 capoverso 4 e 8 capoverso 6 permettono al consiglio d'amministrazione di rimediare a tali lacune senza far intervenire l'assemblea generale. Sono fatte salve le disposizioni di altro tenore dello statuto. La società conserva così maggiore autonomia nella definizione della propria organizzazione. Naturalmente anche in tal caso vanno rispettate le condizioni poste alle elezioni; un sostituto del presidente del consiglio d'amministrazione deve essere membro del consiglio medesimo (art. 4 cpv. 1).

Per quanto riguarda la nozione di gestione della società si rimanda al commento all'articolo 6.

2.3 Consiglio d'amministrazione (art. 3–6)

La precisazione linguistica dell'articolo 3 capoverso 2 e dell'articolo 4 capoverso 2 non ha alcuna ripercussione sotto il profilo materiale: il mandato dei membri e del presidente del consiglio d'amministrazione termina alla conclusione della successiva assemblea generale ordinaria.

Vista la modifica dell'articolo 2 numeri 1 e 3 i riferimenti ai sostituti nell'articolo 4 capoversi 1 e 3 sono eliminati. Inoltre si stabilisce esplicitamente che il presidente del consiglio d'amministrazione deve essere eletto tra i membri del consiglio medesimo. Per quanto concerne il nuovo articolo 4 capoverso 4 si rinvia al commento dell'articolo 2.

Secondo l'articolo 6 capoverso 1 in combinato disposto con l'articolo 2 numero 4, fanno parte della direzione le persone fisiche incaricate in tutto o in parte della gestione della società dal consiglio d'amministrazione. Conformemente all'articolo 663*b*^{bis} capoverso 1 numero 2 CO, si tratta dei membri dell'organo direttamente subordinato⁷ al consiglio d'amministrazione, vale a dire del massimo livello gerarchico al di sotto del consiglio d'amministrazione⁸.

⁵ Cfr. rapporto esplicativo, pag. 10 seg.

⁶ Ordinanza del 17 ott. 2007 sul registro di commercio (ORC, RS **221.411**).

⁷ Messaggio del 23 giu. 2004 concernente la modifica del codice delle obbligazioni (Trasparenza delle retribuzioni corrisposte ai membri del consiglio d'amministrazione e della direzione), FF **2004** 3995, 4005

⁸ BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 663*b*^{bis} N 28 e PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrechts, 4° ed., Zurigo 2009, § 8 N 496 segg.

Secondo il capoverso 2 si può ancora delegare la gestione patrimoniale a persone giuridiche. In caso contrario molte società d'investimento quotate in borsa (cfr. art. 2 cpv. 3 LICol⁹) dovrebbero affrontare una serie di problemi praticamente insormontabili. La gestione patrimoniale comprende anche l'attività come gestore patrimoniale secondo l'articolo 18 seg. LI-Col. La vigilanza dei gestori patrimoniali esterni e le decisioni fondamentali in materia di politica d'investimento rimangono di competenza del consiglio d'amministrazione della società che delega la gestione (art. 716a cpv. 1 n. 3 CO). Se la gestione patrimoniale è delegata a società facenti parte del gruppo, si applica l'articolo 21. Se la gestione patrimoniale è affidata a società terze effettive, il problema delle retribuzioni non si pone perché non sussistono conflitti d'interesse e pertanto non è possibile eludere l'articolo 6 capoverso 2.

L'ordinanza non menziona la revoca di membri del consiglio d'amministrazione da parte dell'assemblea generale poiché già prevista nell'articolo 705 capoverso 1 CO.

2.4 Comitato di retribuzione (art. 7)

L'articolo 7 capoverso 3, come già l'articolo 3 capoverso 2 e 4 capoverso 1, ha subito una modifica linguistica che non si ripercuote minimamente sul suo contenuto materiale.

Riguardo al nuovo articolo 7 capoverso 4 rinviamo al commento dell'articolo 2.

Secondo l'articolo 7 capoverso 5 ora lo statuto stabilisce soltanto i principi relativi alle attribuzioni e alle competenze del comitato di retribuzione. In tal modo la società conserva una maggiore autonomia nella definizione della propria organizzazione, come auspicato in sede di indagine conoscitiva.

2.5 Rappresentante indipendente (art. 8–11)

Per evitare problemi di competenze, l'articolo 8 capoverso 1 prevede che l'assemblea generale elegga soltanto un rappresentante indipendente. Tuttavia, poiché il rappresentante indipendente è indispensabile per l'esercizio dei diritti dell'azionista, il capoverso 6 prevede una regola dispositiva per evitare una vacanza e quindi una lacuna nell'organizzazione. Se la società non ha più un rappresentante indipendente, quest'ultimo può eccezionalmente essere designato dal consiglio d'amministrazione per la successiva assemblea generale. Tale eventualità può presentarsi per esempio se il rappresentante indipendente si dimette prematuramente, cessa di essere indipendente o l'assemblea generale non riesce ad eleggerne uno. Lo statuto può però anche prevedere una diversa soluzione, ossia, ad esempio, per esempio l'elezione preventiva di un sostituto del rappresentante indipendente da parte dell'assemblea generale.

⁹ Legge federale del 23 giugno 2006 sugli investimenti collettivi di capitale (LICol, RS 951.31).

La versione tedesca dell'articolo 8 capoverso 3 è oggetto di una modifica redazionale poiché le disposizioni sull'indipendenza dell'ufficio di revisione si possono applicare soltanto per analogia al rappresentante indipendente. Inoltre il capoverso 3 fa una precisazione in merito all'indipendenza del rappresentante indipendente.

Per evitare eventuali equivoci, anche l'articolo 8 capoverso 4 è modificato sotto il profilo linguistico. Poiché il rappresentante indipendente espleta di regola il proprio compito durante la successiva assemblea generale ordinaria, il suo mandato termina ovviamente soltanto alla conclusione di questa assemblea generale.

In ogni momento la mancata rielezione del rappresentante indipendente provocherebbe grossi problemi pratici, poiché le procure e le istruzioni già conferite dagli azionisti resterebbero senza oggetto e questi ultimi non sarebbero più rappresentati. L'articolo 8 capoverso 5 prevede pertanto che l'assemblea generale possa revocare il rappresentante indipendente soltanto per la fine dell'assemblea generale.

Se la sua revoca fa parte degli oggetti all'ordine del giorno, il rappresentante indipendente deve esercitare secondo le istruzioni le procure conferitegli osservando inoltre l'obbligo di diligenza che risulta dal rapporto di rappresentanza anche se sarà revocato alla fine dell'assemblea. Un obbligo di ricusazione non sarebbe applicabile ed equivarrebbe a una revoca anticipata.

L'articolo di legge tra parentesi sotto la rubrica dell'articolo 9 rinvia ora a tutto l'articolo 689a CO; il che significa in particolare che la disposizione sul conferimento di procure e istruzioni elettroniche non vale soltanto per le azioni nominative ma anche per quelle al portatore. A tale proposito si può pure rilevare che non è necessaria una firma elettronica qualificata secondo l'articolo 14 capoverso 2^{bis} CO per conferire procure e istruzioni elettroniche ai sensi dell'articolo 9 capoverso 1 numero 3.

L'articolo 9 capoverso 2 non permette di conferire procure e istruzioni permanenti al rappresentante indipendente. La disposizione si motiva anche con il mandato annuale del rappresentante indipendente e garantisce che la rappresentanza non divenga automatica prescindendo dalla chiara volontà degli azionisti

Secondo l'articolo 10 capoverso 2, il rappresentante indipendente si astiene dal voto se non ha ricevuto alcuna istruzione. Una regola diversa se non vi sono istruzioni non sarebbe giustificata poiché non terrebbe conto della volontà effettiva degli azionisti. Il problema delle astensioni che, secondo la regola dispositiva dell'articolo 703 CO contano come voti negativi, può essere risolto inserendo nello statuto una disposizione relativa alla maggioranza di altro tenore, per esempio prevedendo che l'assemblea generale prenda le proprie decisioni a maggioranza assoluta dei voti espressi e precisando che le astensioni non contano come voti espressi.

2.6 Disposizioni statutarie (art. 12)

L'articolo 12 delimita il contenuto dello statuto che è imperativamente necessario (cpv. 1) da quello condizionalmente necessario (cpv. 2). I due capoversi sono stati parzialmente rielaborati sotto i profili materiale e formale.

Articolo 12 capoverso 1:

- numero 1: il numero delle attività ammesse deve essere determinato o determinabile. Il testo precisa che sono comprese le attività presso enti giuridici obbligati a farsi iscrivere nel registro di commercio o in un analogo registro estero. Gli azionisti devono poter valutare la portata dell'onere cui è potenzialmente sottoposto un quadro superiore al di fuori dal gruppo;
- numero 2: lo statuto deve contenere disposizioni sulla durata massima dei contratti a tempo determinato che prevedono le retribuzioni dei membri del consiglio d'amministrazione e della direzione e sul termine massimo di disdetta dei contratti a tempo indeterminato. La durata e il termine di disdetta non devono superare un anno. L'articolo 95 capoverso 3 lettera c Cost. menzione ora la «durata dei contratti»; questa nozione va interpretata. Essa non ha senso per quanto concerne i contratti a tempo indeterminato, ma non concretizzandola si lascerebbe aperta una lacuna ingiustificata. D'ora innanzi lo statuto deve pertanto prevedere imperativamente anche la durata massima dei termini di disdetta. È in tal modo possibile evitare una disparità di trattamento tra contratti a tempo determinato e contratti a tempo indeterminato. I motivi per cui ora vanno indicati sia la durata massima del contratto sia il termine massimo di disdetta, che in entrambi i casi equivalgono a un anno, sono illustrati nel commento all'articolo 20 numero 1. Inoltre, il campo d'applicazione personale viene esteso ai membri del consiglio d'amministrazione. Da una parte non vi sono motivi materiali che giustifichino una disparità di trattamento dei membri del consiglio d'amministrazione e dei membri della direzione rispetto al divieto delle indennità di partenza. Dall'altra questa disposizione aumenta notevolmente la certezza del diritto che dovrebbe giovare anche ai membri del consiglio d'amministrazione;
- numero 3: si tratta di un adeguamento formale alla modifica dell'articolo 7 capoverso 5;
- numero 4: d'ora innanzi i dettagli concernenti il voto dell'assemblea generale sulle retribuzioni secondo l'articolo 18 capoversi 1, 2 primo periodo e 3 devono imperativamente essere contenuti nello statuto. Si rinvia ai pertinenti commenti sull'articolo 18 modificato.

Articolo 12 capoverso 2:

- numero 1: secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera c Cost. le «rendite» sono retribuzioni destinate a garantire finanziariamente la pensione al di fuori dalla previdenza professionale. Secondo la volontà del costituente, non devono essere fissate nei regolamenti degli istituti di previdenza bensì nello statuto. Tenuto conto della loro natura, queste rendite

non sono quindi prestazioni regolamentari degli istituti di previdenza professionale ma redditi. Il numero 1 precisa quindi che le «rendite» sono «prestazioni previdenziali al di fuori dalla previdenza professionale»;

- numero 2: le «retribuzioni in funzione della prestazione» sono sostituite da «retribuzioni in funzione del risultato». La nuova nozione si spinge oltre e non riguarda soltanto la prestazione personale ma anche aspetti delle retribuzioni condizionati dal risultato delle imprese. Inoltre essa è più vicina al testo dell'articolo 95 capoverso 3 lettera c Cost;
- il numero 3, che non è stato modificato, va però precisato. Questa norma riguarda soltanto i diritti di partecipazione e le opzioni che hanno carattere di retribuzione. Tali diritti e opzioni non sono necessariamente contemplati in caso di programmi di riacquisto di azioni o di aumenti di capitale nel cui ambito i membri del consiglio d'amministrazione, del consiglio consultivo o della direzione ricevono azioni o opzioni poiché già sono azionisti della società;
- il numero 4 ha dovuto essere adeguato all'articolo 6;
- il numero 5 e il numero 6 sono adeguati alla modifica dell'articolo 18. Si rinvia alle corrispondenti spiegazioni in merito all'articolo 18;
- il numero 7 è stato inserito nell'ordinanza per tenere conto degli articoli 4 capoverso 4, 7 capoverso 4 e 8 capoverso 6;
- il numero 8 è oggetto di un adeguamento redazionale dell'articolo 21 numero 2.

2.7 Relazione sulle retribuzioni (art. 13–17)

L'articolo 13 capoverso 1 dà maggior rilievo al fatto che la relazione sulle retribuzioni contiene gli elementi quantitativi delle retribuzioni secondo le indicazioni di cui agli articoli 14–16. La relazione sulle retribuzioni secondo la sezione 7 non è quindi un documento nel quale il consiglio d'amministrazione è autorizzato ad esprimere la propria opinione sul sistema di retribuzioni della società (p. es. «retribuzioni conformi al mercato e adeguate»). Simili affermazioni vanno evitate o per lo meno nettamente separate dalle indicazioni di cui agli articoli 14–16.

Il capoverso 2 contiene ora diversi riferimenti alle disposizioni del diritto contabile (art. 958c, 958d cpv. 2–4, art. 958f CO), necessari perché le indicazioni sulle retribuzioni non figurano più nell'allegato al conto annuale. L'allestimento della relazione sulle retribuzioni deve tuttora rispettare i principi della presentazione regolare dei conti (art. 958c CO). L'applicazione del principio dell'essenzialità di cui all'articolo 958c capoverso 1 numero 4 CO non significa però che gli effetti delle retribuzioni sugli oneri complessivi della società siano determinanti. Se così fosse, nelle grandi società una parte importante delle retribuzioni sparirebbe

nell'oscurità dell'inessenziale¹⁰. Sotto il profilo materiale nulla cambia rispetto al diritto vigente¹¹. Per quanto concerne la lingua e la moneta, il capoverso 2 rinvia all'articolo 958*d* capoversi 3 e 4 CO. Il rinvio all'articolo 958*d* capoverso 2 è inteso a chiarire che la relazione sulle retribuzioni deve contenere le cifre dell'anno precedente.

I rinvii alle disposizioni del nuovo diritto contabile non comprendono l'articolo 2 delle disposizioni transitorie della modifica del 23 dicembre 2011. Se si deve allestire una relazione sulle retribuzioni conformemente all'ordinanza, le disposizioni del nuovo diritto contabile citate nell'ordinanza stessa devono essere imperativamente rispettate.

Il capoverso 3 corrisponde in parte al capoverso 2 dell'avamprogetto. Sotto il profilo del contenuto non è cambiato nulla.

L'articolo 14 capoverso 2 numero 5 menziona esplicitamente le indennità d'assunzione per motivi di chiarezza. Sotto il profilo materiale non cambia nulla, poiché l'enumerazione delle retribuzioni non è esaustiva.

Secondo l'articolo 14 capoverso 3 numero 4, l'importo aggiuntivo corrisposto (art. 19) deve essere comunicato nella relazione sulle retribuzioni. Questa comunicazione permette agli azionisti di verificare se l'importo aggiuntivo, che non soggiace al voto sulle retribuzioni, (art. 19 cpv. 3) non è stato fissato in modo abusivo. Gli azionisti devono essere informati sui membri che ricevono una parte dell'importo totale aggiuntivo e su quanto ammonta tale parte.

Le altre modifiche operate agli articoli 14 capoverso 3 e 15 capoverso 2 sono di natura sistematica. D'ora innanzi si distingue tra le retribuzioni (art. 14) e i mutui e crediti (art. 15).

Secondo l'articolo 17 l'ufficio di revisione verifica se la relazione sulla retribuzioni corrisponde alla legge e alla presente ordinanza. Il riferimento esplicito allo statuto è stato soppresso poiché il testo dell'ordinanza tratta chiaramente l'argomento (p. es. l'art. 12 sul contenuto dello statuto fa parte dell'ordinanza). È inoltre indicato che l'articolo 728*b* CO si applica per analogia al genere e alle modalità del rapporto.

2.8 Decisioni dell'assemblea generale (art. 18 seg.)

Per dare alle società la maggiore flessibilità possibile nell'ambito delle prescrizioni dell'articolo 95 capoverso 3 Cost., l'articolo 18 prevede, per la fissazione delle retribuzioni, soltanto le condizioni da rispettare imperativamente (cfr. cpv. 3 n. 1-3) ma non fissa più alcun meccanismo dispositivo per la loro approvazione (cfr. art. 18 cpv. 1 dell'avamprogetto). Ciò permette alle società di scegliere in particolare nei due seguenti settori un sistema adeguato alle loro necessità concrete.

¹⁰ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrechts, 4. ed., Zurigo 2009, § 8 N 525.

¹¹ Cfr. BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 663*b*^{bis} N 68.

Da una parte, va rilevato che l'ordinanza non contiene più prescrizioni sul meccanismo concreto di voto. L'impiego dell'iperonimo «voto» permette di designare sia le approvazioni sia le altre decisioni dell'assemblea generale. La società ha pertanto due opzioni: far approvare dall'assemblea generale gli importi complessivi delle retribuzioni, la qual cosa fa sì che gli azionisti non possano avanzare altre proposte, oppure sottoporre all'assemblea generale le retribuzioni proposte. In questo caso ogni azionista può fare nuove proposte all'assemblea generale (p. es. di un importo complessivo inferiore delle retribuzioni).

Dall'altra, l'articolo 18 rinuncia a prescrivere il periodo di riferimento delle retribuzioni, sulle quali vota l'assemblea generale. Lo statuto può pertanto stabilire se il voto dell'assemblea generale debba essere retrospettivo, prospettivo o combinare questi due modelli.

La libera scelta di queste modalità non è soltanto un diritto della società ma anche un obbligo. Lo statuto deve infatti disciplinare i dettagli del voto (art. 18 cpv. 2 primo periodo in combinato disposto con l'art. 12 cpv. 1 n. 4).

L'espressione «direttamente o indirettamente» permette di meglio coordinare l'articolo 18 capoverso 1 con le rimanenti disposizioni dell'ordinanza (art. 14 cpv. 1 n. 1–4, art. 21).

L'ordinanza non indica più come procedere se l'assemblea generale rifiuta il proposto importo complessivo delle retribuzioni (cfr. art. 18 cpv. 2 dell'avamprogetto). Secondo l'articolo 18 capoverso 2 secondo periodo, lo statuto può comunque disciplinare il modo di procedere nel caso in cui l'assemblea generale rifiuti di approvare le retribuzioni. Lo statuto può di conseguenza contenere norme sull'iter procedurale prevedendo per esempio termini entro i quali debba tenersi un'assemblea generale straordinaria o disciplinando in quali casi il consiglio d'amministrazione o gli azionisti debbano presentare nuove proposte. In nessun caso una normativa fondata sull'articolo 18 capoverso 2 secondo periodo modifica le competenze previste nell'articolo 95 capoverso 3 Cost. Le retribuzioni del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo sono fissate in via definitiva una volta accolte dall'assemblea generale. Sarebbero chiaramente inammissibili disposizioni statutarie che, in caso di rifiuto delle retribuzioni da parte dell'assemblea generale, ripristinino le ultime retribuzioni approvate o attribuiscono il potere di decidere in tal merito al comitato delle retribuzioni. Spetta alla società decidere se indire un'assemblea generale straordinaria o tentare nuovamente di far approvare le retribuzioni in occasione della successiva assemblea generale ordinaria.

L'articolo 18 capoverso 3 stabilisce che l'assemblea generale vota annualmente [1] e separatamente [2] sulle retribuzioni dei membri del consiglio d'amministrazione, del consiglio consultivo e della direzione. Il voto dell'assemblea generale ha carattere vincolante [3]. Le condizioni stabilite dal capoverso 3 valgono anche per tutte le disposizioni statutarie secondo il capoverso 2.

La normativa d'eccezione relativa all'importo aggiuntivo per i nuovi eletti nella direzione è mantenuta. Tuttavia, poiché l'articolo 18 non prevede più nessuna regola in merito al periodo

di riferimento delle retribuzioni, l'articolo 19 capoverso 1 precisa che l'impiego di un importo aggiuntivo è possibile soltanto se l'assemblea generale vota prospettivamente sulle retribuzioni. In caso di voto retrospettivo sulle retribuzioni, il ricorso all'importo aggiuntivo equivarrebbe a un'elusione ingiustificata delle competenze dell'assemblea generale, poiché il nuovo membro della direzione, nell'ambito con un modello di voto retrospettivo, si trova nella stessa situazione degli altri membri.

L'articolo 19 capoverso 2 precisa quando può essere utilizzato l'importo aggiuntivo previsto dallo statuto. Da una parte, può essere utilizzato soltanto se l'importo complessivo delle retribuzioni deciso dall'assemblea generale non basta. Dall'altra, occorre fare una precisazione di carattere temporale ossia l'importo aggiuntivo può essere impiegato soltanto fino al successivo voto dell'assemblea generale sulle retribuzioni (pro rata temporis fino alla successiva assemblea generale).

L'importo aggiuntivo statutario deve essere determinato o determinabile (art. 12 cpv. 2 n. 5).

2.9 Retribuzioni vietate (art. 20 seg.)

Alcune delle retribuzioni vietate secondo l'articolo 20 sono state precisate in particolare per una maggiore certezza del diritto negli ambiti del diritto penale e del diritto del lavoro. Ciò riguarda in particolare i seguenti aspetti:

- numero 1: le retribuzioni dovute fino alla fine del rapporto contrattuale secondo l'articolo 12 capoverso 1 numero 2 non sono indennità di partenza (p. es. la continuazione del pagamento dello stipendio in caso di contratto di lavoro). L'assemblea generale può concorrere alla fissazione di queste retribuzioni, per esempio non sfruttando fino alla fine il termine massimo di un anno previsto per la definizione statutaria del termine di disdetta. Questa precisazione nel numero 1 permette di evitare in particolare i problemi relativi al diritto del lavoro (un aspetto sollevato a più riprese durante l'indagine conoscitiva). Queste retribuzioni devono tuttavia essere comunicate nella relazione sulle retribuzioni e soggiacciono al voto globale dell'assemblea generale;
- il divieto di cui al numero 1 precisa inoltre che si tratta di indennità di partenza pattuite per contratto o previste dallo statuto. Non ne fanno pertanto più parte le indennità di partenza dovute per legge secondo l'articolo 339b CO;
- numero 2: i premi d'assunzione non sono, secondo l'avamprogetto, retribuzioni anticipate vietate, bensì un'indennità d'assunzione corrispondente al valore dei diritti nei confronti del precedente datore di lavoro o mandante (p. es. per la partecipazione a diritti di sottoscrizione in corso, azioni bloccate) che sarebbero spettati al membro del consiglio d'amministrazione o della direzione, se non avesse cambiato impresa;
- numero 3: diversamente da quanto prevedeva l'avamprogetto, le provvigioni per le ristrutturazioni sono ora vietate soltanto se riguardano processi interni al gruppo. Solamente in questo caso vi è il pericolo che possano essere generate provvigioni non giustificate sot-

to il profilo economico;

- numero 4: le «rendite» secondo l'avamprogetto e l'articolo 95 capoverso 3 lettera c Cost. sono precisate come «prestazioni previdenziali al di fuori della previdenza professionale» (cfr. art. 12 cpv. 2 n. 1);

2.10 Obbligo di voto e di trasparenza degli istituti di previdenza (art. 22 seg.)

L'articolo 22 capoverso 1 relativo all'obbligo di voto degli istituti di previdenza è stato adeguato. La portata dell'obbligo di voto secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. deve essere interpretata; pertanto si è optato per un'interpretazione più moderata del contenuto: gli istituti di previdenza devono quindi esprimersi sulle proposte annunciate del consiglio d'amministrazione che riguardano le disposizioni menzionate nei numeri 1–3. Non vi è obbligo di voto secondo l'articolo 22 per esempio per quanto concerne le decisioni sul discarico del consiglio d'amministrazione, sull'approvazione del conto annuale o sugli aumenti e le riduzioni di capitale. Per questo motivo, diversamente da quanto previsto nell'avamprogetto, non è più ammissibile rinunciare in anticipo al voto conformemente al capoverso 3. Per ciascun oggetto all'ordine del giorno, gli istituti di previdenza possono soltanto astenersi dal voto, accettare o rifiutare le proposte del consiglio d'amministrazione. Nell'adempimento del loro obbligo di voto, gli istituti di previdenza possono anche farsi rappresentare dal rappresentante indipendente.

L'obbligo di voto degli istituti di previdenza concerne anche le azioni indirettamente detenute, sempre che all'istituto di previdenza sia concesso il relativo diritto di voto o il fondo è controllato dall'istituto di previdenza (p. es. un fondo a investitore unico).

Con la nozione della «durevole prosperità» dell'istituto di previdenza (art. 674 cpv. 2 n. 2, art. 960a cpv. 4 CO), che non è nuova nel diritto della società anonima e nel diritto contabile, il capoverso 4 vuole tra l'altro sottolineare il fatto che le prospettive a lungo termine sono decisive ai fini degli interessi degli assicurati¹². Il riferimento al regolamento è stato soppresso. In questo modo, si realizza una migliore sintonia con il vigente articolo 49a capoverso 2 lettera b OPP2¹³. Perciò, conviene concretizzare la portata dell'obbligo di voto e determinare l'interesse degli assicurati nel regolamento d'organizzazione, non da ultimo nell'ottica delle disposizioni penali di cui all'articolo 25.

Il livello di dettagli da rendere noti secondo l'articolo 23 è aumentato rispetto all'avamprogetto. Su ciascuno degli oggetti di cui all'articolo 22 capoverso 1 numeri 1 – 3 va

¹² Cfr. messaggio del 5 dicembre 2008 concernente l'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive» e la modifica del Codice delle obbligazioni (diritto della società anonima), FF **2009** 265, 284; messaggio del 21 dicembre 2007 concernente la modifica del Codice delle obbligazioni. (Diritto della società anonima e diritto contabile; adeguamento del diritto della società in nome collettivo, della società in accomandita, della società a garanzia limitata, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2008** 1321, 1439.

¹³ Ordinanza del 18 aprile 1994 sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (OPP2, RS **831.441.1**).

riferito agli assicurati in modo trasparente. Per evitare che gli istituti di previdenza siano gravati da un onere amministrativo sproporzionato, questi ultimi sono tenuti a riferire in modo dettagliato soltanto nei casi in cui non hanno seguito le proposte del consiglio d'amministrazione, vale a dire in caso di rifiuto della proposta o di astensione.

2.11 Disposizioni penali (art. 24 seg.)

2.11.1 Osservazione introduttiva

Tenuto conto dei risultati dell'indagine conoscitiva, l'articolo 24 è stato rielaborato sotto i profili materiale e redazionale. Le fattispecie penali disciplinate nell'articolo 24 capoverso 1 numeri 1-9 dell'avamprogetto sono ora contenute nell'articolo 24 capoversi 1 e 2 dell'articolo 24. L'articolo 24 è stato sostanzialmente rielaborato come segue:

- alcune fattispecie penali o loro parti sono state eliminate perché non chiaramente fondate sull'articolo 95 capoverso 3 lettere a-c Cost. (art. 24 cpv. 1 n. 1, 3 e 5 dell'avamprogetto);
- per motivi di proporzionalità (art. 5 cpv. 2 e art. 36 cpv. 3 Cost.) e per garantire la coerenza con il resto del diritto penale (in particolare con il CP¹⁴), per le fattispecie di cui al capoverso 2 sono comminate pene inferiori. Inoltre, la cerchia dei possibili autori dei reati secondo il capoverso 2 è stata ristretta;
- per adempiere gli elementi costitutivi soggettivi del reato, è ora richiesto che l'autore agisca «scientemente»;
- per tutelare il principio di determinatezza, sono state precisate alcune fattispecie e le regole per commisurare la pena pecuniaria secondo il capoverso 3.

2.11.2 Punibilità dei membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo

Capoverso 1

Le infrazioni delle regole in materia di retribuzioni sono ora riassunte nell'articolo 24 capoverso 1. Questa disposizione penale corrisponde sostanzialmente all'articolo 24 capoverso 1 numero 2 dell'avamprogetto. Come autori entrano in linea di conto i membri del consiglio d'amministrazione, della direzione o del consiglio consultivo¹⁵. I riferimenti agli articoli 20 e 21 sono precisati: entrambi i disposti regolano le retribuzioni vietate. Tuttavia, non sarà passibile di pena la percezione o la corresponsione di tutte le retribuzioni vietate dall'ordinanza ma soltanto di quelle espressamente vietate dall'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost.

Si tratta delle seguenti retribuzioni:

¹⁴ Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (CP, RS 311).

¹⁵ Cfr. in proposito n. 3.11.9 del rapporto esplicativo.

- indennità di partenza (art. 20 n. 1),
- retribuzioni anticipate (art. 20 n. 2) e
- provvigioni per le ristrutturazioni interne del gruppo (art. 20 n. 3).

La corresponsione o la percezione delle retribuzioni poc'anzi citate è pure passibile di pena nel quadro di attività all'interno del gruppo di imprese (art. 21 in combinato disposto con l'art. 20 n. 1-3).

Diversamente da quanto prevedeva l'articolo 24 capoverso 1 numero 2 dell'avamprogetto, la corresponsione o la percezione di mutui, crediti e rendite non previsti dallo statuto non è punibile, il che si giustifica con il fatto che il tenore dell'articolo 95 capoverso 3 lettera c Cost. chiede soltanto che tali retribuzioni siano disciplinate nello statuto. Solamente la violazione di questa norma è passibile di pena; una punibilità più estesa non risulta dal tenore dell'articolo 95 capoverso 3 lettera c in combinato disposto con la lettera d Cost.

Le infrazioni contro le regole societarie in materia di retribuzioni, originariamente rette al capoverso 1 numeri 1 e 3, sono state eliminate. Per quanto concerne il numero 1, l'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. prescrive che l'assemblea generale deve poter votare annualmente sull'importo globale delle retribuzioni. Soltanto la violazione di questa norma è punibile secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera a in combinato disposto con la lettera d Cost. (cfr. art. 24 cpv. 2 n. 3 lett. b). Dall'articolo 95 capoverso 3 Cost. non risulta che debba essere passibile di pena la percezione o la corresponsione di retribuzioni che non corrispondono alla decisione dell'assemblea generale. Altrettanto vale per il numero 3: secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera c Cost. lo statuto deve contenere soltanto indicazioni sul numero di attività esterne. Secondo la Cost. soltanto l'infrazione di questa norma è passibile di pena (art. 95 cpv. 3 lett. c in combinato disposto con la lett. d Cost.; cfr. art. 24 cpv. 2 n. 3 lett. d). In determinate circostanze questi comportamenti possono costituire un'amministrazione infedele (art. 158 CP) e/o dare adito a un'azione di responsabilità (art. 754 CO).

Affinché l'autore realizzi gli elementi costitutivi soggettivi del reato, il capoverso 1 chiede ora che abbia agito «scientemente». È richiesta conoscenza sicura (certezza) riguardo al carattere vietato delle retribuzioni corrisposte o percepite. La consapevolezza che le retribuzioni avrebbero potuto essere vietate non basta. Ciò esclude di conseguenza il dolo eventuale nella commissione del reato¹⁶. Occorre rilevare che, per quanto concerne i delitti contro il patrimonio disciplinati nel CP, non è richiesta un'intenzione diretta ma sia il fatto che per le presenti infrazioni sia prevista una pena severa sia il fatto che la realizzazione degli elementi costitutivi soggettivi del reato non presupponga uno scopo di lucro giustifica questa restrizione. In tal modo si evitano inoltre le difficoltà che può comportare il tentativo di delimitare il dolo eventuale dalla negligenza cosciente.

¹⁶ MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, in: Basler Kommentar Strafrecht I, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (ed.), 3a ed., Basilea 2013, art. 12 CP n. 74

La comminatoria penale rimane immutata e consiste nella pena detentiva sino a tre anni e nella pena pecuniaria. La nuova formulazione della comminatoria penale vuole palesare che la sanzione inflitta nel singolo caso – vale a dire la pena detentiva e la pena pecuniaria – deve essere complessivamente commisurata alla colpa dell'autore (art. 47 CP)¹⁷.

Si rinuncia alla clausola bagatellare, chiesta durante l'indagine conoscitiva, per le retribuzioni minime e/o per le retribuzioni generalmente usuali¹⁸. Da una parte, poiché è passibile di pena soltanto la percezione o la corresponsione di determinate retribuzioni chiaramente definite (p. es. le indennità di partenza). Dall'altra proprio queste retribuzioni dovrebbero esulare dall'ambito bagatellare o non essere usuali nelle relazioni sociali. Un'autorità penale (tribunale o pubblico ministero) che dovesse comunque giudicare un tale caso potrebbe rinunciare al procedimento penale, al rinvio a giudizio o alla punizione se quest'ultima fosse priva di senso o in caso di riparazione (art. 52 e 53 CP, art. 8 CPP¹⁹).

Capoverso 2

Le violazioni dei diritti di partecipazione degli azionisti nella società, sono ora disciplinate nell'articolo 24 capoverso 2.

Diversamente da quanto prevede l'articolo 24 capoverso 1 numeri 4–9, la cerchia dei possibili autori è limitata, per motivi di proporzionalità, ai membri del consiglio d'amministrazione. Da una parte, perché i membri del consiglio consultivo non entrano praticamente in linea di conto come autori di questi reati. Dall'altra, perché la preparazione, l'organizzazione dell'assemblea generale e l'esecuzione delle sue decisioni fanno parte delle attribuzioni inalienabili e intrasmissibili del consiglio d'amministrazione (art. 716a cpv. 1 n. 6 CO). Perciò è pure giustificato escludere i membri della direzione dalla cerchia degli autori. I membri del consiglio consultivo e della direzione continuano comunque a essere passibili di pena per istigazione (art. 24 CP) o complicità (art. 25 CP).

Il numero 1 corrisponde all'articolo 24 capoverso 1 numero 4 dell'avamprogetto. Secondo l'articolo 6, è punibile delegare la gestione a una persona giuridica (con l'eccezione della gestione patrimoniale secondo l'art. 18 seg. LICol) ma non a una persona fisica.

Sono punibili secondo il numero 2 soltanto i membri del consiglio d'amministrazione che istituiscono una rappresentanza da parte di un depositario o da parte di un organo della società (art. 95 cpv. 3 lett. a in combinato disposto con la lett. d Cost.). Diversamente da quanto prevedeva l'articolo 24 capoverso 1 numero 5 dell'avamprogetto, ricorrere a un rappresentante indipendente diverso da quello eletto dall'assemblea generale non è più punibile. Reprimere penalmente un tale comportamento non sarebbe compatibile con il testo dell'articolo 95 ca-

¹⁷ Cfr. n. 3.11.11. del rapporto esplicativo (Soluzione proposta nell'articolo 24: pena detentiva e pena pecuniaria obbligatoria).

¹⁸ Come nell'art. 322^{octies} n. 2 CP.

¹⁹ Codice di diritto processuale penale svizzero del 5 ottobre 2007 (Codice di procedura penale, CPP, RS 312).

povero 3 lettera a Cost.

Il numero 3 reprime penalmente gli atti che hanno per conseguenza di impedire determinati diritti di partecipazione degli azionisti della società. Questa norma corrisponde all'articolo 24 capoverso 1 numeri 6–9 dell'avamprogetto²⁰. Soltanto il riferimento contenuto nella lettera d è stato precisato. Con il termine «impedisce» si intendono le attività che impediscono le operazioni citate (p. es. l'elezione dei membri del consiglio d'amministrazione o il voto dell'assemblea generale sulle retribuzioni).

L'attività in sé – per esempio impedire il trattamento inadeguato della proposta di approvazione delle retribuzioni – non basta a realizzare la fattispecie penale. A tal fine deve inoltre sopravvenire un risultato separato dall'attività (p. es. il fatto che il trattamento inadeguato ha effettivamente impedito il voto degli azionisti sulla corrispondente proposta in seno all'assemblea generale). Soltanto con il sopraggiungere del risultato si realizza l'illiceità dell'atto che merita di essere punito penalmente. Deve quindi trattarsi di un reato di evento e non di un reato di pura condotta.

Per realizzare gli aspetti soggettivi della fattispecie penale, il capoverso 1 chiede che l'autore agisca «scientemente». In tal modo la punibilità viene limitata ai casi chiari e si evitano difficili delimitazioni.

Poiché i comportamenti disciplinati nel capoverso 2 presentano un grado di illiceità inferiore rispetto a quelli regolati nel capoverso 1, è ora prevista una comminatoria penale meno severa. Per queste infrazioni è comminata la pena detentiva sino a tre anni o la pena pecuniaria. In tal modo si vuole tenere conto del principio della proporzionalità sancito nell'articolo 5 capoverso 2 e nell'articolo 36 capoverso 3 Cost. salvaguardando la coerenza del diritto penale²¹. Inoltre questa distinzione soddisfa le richieste di molti partecipanti all'indagine conoscitiva.

Si rinuncia di proposito all'alternativa di limitare la comminatoria penale alla sola pena pecuniaria perché l'ordinanza deve orientarsi il più possibile all'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost.

Capoverso 3

L'articolo 24 capoverso 3 dell'avamprogetto è stato precisato sotto il profilo linguistico. Il testo della norma deve indicare il più chiaramente possibile come vada commisurata la pena pecuniaria massima di sei retribuzioni annuali prevista dall'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost.

In breve²²: il calcolo della pena pecuniaria va effettuata applicando il sistema delle aliquote

²⁰ Cfr. n. 3.11.9 del rapporto esplicativo.

²¹ Cfr. n. 3.11.4 seg. del rapporto esplicativo.

²² cfr. in proposito le osservazioni al n. 3.11.11 del rapporto esplicativo (commisurazione della pena pecuniaria).

giornaliere, come nel diritto vigente (art. 34 CP). La pena pecuniaria ammonta al massimo a 360 aliquote giornaliere (art. 34 cpv. 1 CP). Il giudice stabilisce l'importo della singola aliquota giornaliera secondo la situazione personale ed economica dell'autore al momento di pronunciare la sentenza (art. 34 cpv. 2 secondo periodo CP). Poiché la somma capitalizzata della pena pecuniaria massima permessa di regola dal diritto vigente (360 aliquote giornaliere x 3000 franchi = 1.08 mio. di franchi) può essere troppo bassa rispetto alla pena massima ammessa dalla Costituzione (sei retribuzioni annuali), il giudice non è vincolato all'importo massimo di 3000 franchi fissato per l'aliquota giornaliera dall'articolo 34 capoverso 2 primo periodo CP. Per limitare l'importo della pena pecuniaria che il giudice può pronunciare, il capoverso 3 prevede che la somma capitalizzata della pena pecuniaria, vale a dire il numero di aliquote giornaliere moltiplicato per l'importo dell'aliquota giornaliera, non possa eccedere il sestuplo della retribuzione annuale²³ convenuta con l'impresa interessata al momento del reato²⁴. Se sono stati commessi diversi reati nel corso degli anni, occorre basarsi sulla media delle relative retribuzioni annuali. Il sestuplo dell'importo così determinato costituisce la soglia massima della pena pecuniaria capitalizzata.

È abbandonata l'idea, sostenuta nel rapporto esplicativo, secondo cui questo limite massimo non deve essere rispettato quando è inferiore alla soglia di 1.08 milioni di franchi prevista dal diritto vigente²⁵ perché sarebbe in contraddizione con l'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost.

Potrebbe tuttavia succedere che, in un singolo caso, a un autore non sia inflitta una pena pecuniaria adeguata alla sua situazione personale ed economica a causa di una retribuzione annuale relativamente bassa e che sia favorito rispetto ad altri autori per esempio condannati a una pena pecuniaria per reati del CP²⁶. Del resto questo contrasto è insito nel testo dell'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost.

2.11.3 Punibilità degli istituti di previdenza (art. 25)

I partecipanti all'indagine conoscitiva hanno accolto per lo più positivamente l'alleggerimento della comminatoria penale nei confronti degli istituti di previdenza. L'articolo 25 è stato complessivamente rielaborato in base a questi riscontri. Gli elementi soggettivi della fattispecie sono tuttavia adeguati all'articolo 24.

Inoltre, è stata effettuata una mera modifica redazionale della disposizione: conformemente alla gerarchia in seno agli istituti di previdenza, i membri dell'organo superiore sono ora menzionati prima delle persone incaricate della gestione.

²³ Sulla nozione di retribuzione cfr. art. 14 cpv 2.

²⁴ Cfr. n. 3.11.11. del rapporto esplicativo (commisurazione della pena pecuniaria).

²⁵ Cfr. n. 3.11.11. del rapporto esplicativo (commisurazione della pena pecuniaria).

²⁶ Cfr. in proposito l'esempio al n. 3.11.11. del rapporto esplicativo (commisurazione della pena pecuniaria).

2.12 Disposizioni transitorie (art. 26–32)

Sono stati meglio armonizzati i termini degli articoli 27 e 28:

- gli statuti e i regolamenti devono essere adeguati al più tardi entro la seconda assemblea generale ordinaria (art. 27 cpv. 1). Il termine è stato abbreviato poiché gran parte delle modifiche entrerà in vigore in occasione della prima e della seconda assemblea generale ordinaria dopo il 1° gennaio 2014. Fino alla scadenza del termine di cui all'articolo 27 sono ammissibili le attività o le retribuzioni non conformi all'ordinanza e prive di un fondamento statutario secondo l'articolo 12;
- gli attuali contratti di lavoro devono essere adeguati al più tardi entro fine 2015 (art. 28). Contrariamente a quanto prevedeva l'avamprogetto, il termine è stato prolungato di un anno, poiché le società devono in particolare adeguare lo statuto e i regolamenti alle norme dell'ordinanza (cfr. art. 27 cpv. 1).

L'articolo 31 capoverso 1 stabilisce ora che la relazione sulle retribuzioni va allestita secondo la sezione 7 per il primo esercizio che inizia il 1° gennaio 2014 o in seguito. Viene così chiarito un problema di diritto transitorio sovente sollevato durante l'indagine conoscitiva. Il fatto che la relazione sulle retribuzioni sia allestita per l'esercizio iniziato prima del 1° gennaio 2014 («esercizio 2013») non esime la società dal fornire le indicazioni nell'allegato del conto annuale (art. 663^{bis} CO).

Il capoverso 1 dell'articolo 31 diviene il capoverso 2 e nel contempo è adeguato all'importante modifica dell'articolo 18. L'assemblea generale deve votare sulle retribuzioni dei membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo al più tardi entro la seconda assemblea generale ordinaria dopo il 1° gennaio 2014.

Poiché lo statuto e i regolamenti devono essere adeguati alle norme dell'ordinanza al più tardi entro la seconda assemblea generale ordinaria (cfr. art. 27 cpv. 1), il capoverso 3 prevede che il consiglio d'amministrazione debba stabilire le modalità del voto dell'assemblea generale (art. 12 cpv. 1 n. 4) nella misura in cui non sono ancora sancite nello statuto conformemente all'ordinanza.

L'articolo 29 capoverso 2 è stato formalmente adeguato all'articolo 8 capoverso 5.

Per quanto concerne l'articolo 32 in combinato disposto con gli articoli 22 e 23, occorre rilevare che l'obbligo di trasparenza degli istituti di previdenza riguarda soltanto i voti successivi al 1° gennaio 2015.

2.13 Entrata in vigore (art. 33)

La data d'entrata in vigore dell'ordinanza è stata mantenuta al 1° gennaio 2014. Dall'indagine

conoscitiva è emerso un chiaro consenso a tale riguardo²⁷.

²⁷ Cfr. Sintesi dei pareri sull'avamprogetto di ordinanza contro le retribuzioni abusive del 4 settembre 2013, pag. 2.