



Avamprogetto relativo all'ordinanza contro le retri- buzioni abusive (ORAbu)

Rapporto esplicativo

14 giugno 2013

Indice

1	Situazione iniziale e nuova disposizione costituzionale*	5
2	Struttura, suddivisione e caratteristiche dell'ordinanza	6
2.1	Struttura.....	6
2.2	Suddivisione e caratteristiche.....	7
3	Commenti alle singole disposizioni	8
3.1	Campo d'applicazione (art. 1).....	8
3.2	Assemblea generale (art. 2).....	10
3.3	Consiglio d'amministrazione (art. 3-6).....	10
3.3.1	Elezione e durata del mandato.....	10
3.3.2	Attribuzione intrasmissibile.....	11
3.3.3	Delega della gestione.....	11
3.4	Comitato di retribuzione (art. 7).....	12
3.5	Rappresentante indipendente (art. 8-11).....	13
3.5.1	Principio.....	13
3.5.2	Elezione e durata del mandato.....	13
3.5.3	Conferimento di procure e istruzioni.....	14
3.5.4	Attribuzioni.....	14
3.6	Disposizioni statutarie (art. 12).....	15
3.6.1	Disposizioni necessarie.....	15
3.6.2	Altre disposizioni.....	16
3.7	Relazione sulle retribuzioni (art. 13-17).....	16
3.7.1	Allestimento, comunicazione e pubblicazione della relazione sulle retribuzioni.....	16
3.7.2	Trasparenza delle retribuzioni.....	17
3.7.3	Verifica dell'ufficio di revisione.....	18
3.8	Deliberazioni dell'assemblea generale (art. 18 e 19).....	19
3.8.1	Meccanismo di approvazione previsto dall'ordinanza.....	19
3.8.2	Seconda proposta e assemblea generale straordinaria.....	20
3.8.3	Normativa statutaria.....	20
3.8.4	Importo aggiuntivo per la direzione.....	22
3.9	Retribuzioni vietate (art. 20 e 21).....	22

3.9.1	Retribuzioni vietate nella società	22
3.9.2	Indennità di partenza.....	23
3.9.3	Retribuzioni anticipate, premi d'assunzione.....	24
3.9.4	Provvigioni per ristrutturazioni	25
3.9.5	Retribuzioni senza (sufficienti) fondamenti statutari.....	25
3.9.6	Retribuzioni vietate nel gruppo	26
3.10	Obbligo di voto e obbligo di trasparenza degli istituti di previdenza (art. 22 e 23).....	26
3.10.1	Osservazioni liminari	26
3.10.2	Obbligo di voto	27
3.10.3	Obbligo di trasparenza	28
3.11	Disposizioni penali (art. 24 e 25)	29
3.11.1	Principio di determinatezza	29
3.11.2	Rango della norma.....	30
3.11.3	Principi interpretativi.....	31
3.11.4	Principio della proporzionalità.....	31
3.11.5	Pena comminata nell'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost.....	32
3.11.6	Reati perseguiti d'ufficio o su querela?	33
3.11.7	Rapporto con la parte generale del Codice penale.....	34
3.11.8	Confisca o ripristino della situazione legale	34
3.11.9	Punibilità del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo (art. 24)	35
3.11.10	Punibilità nell'ambito degli istituti di previdenza	37
3.11.11	Le comminatorie penali degli articoli 24 e 25.....	38
3.12	Disposizioni transitorie (art. 26-32).....	42
3.12.1	Diritto applicabile in generale	42
3.12.2	Adeguamento dello statuto e dei regolamenti.....	43
3.12.3	Adeguamento di contratti di lavoro conclusi sotto il diritto anteriore.....	43
3.12.4	Elezione dei membri del consiglio d'amministrazione e del comitato di retribuzione.....	44
3.12.5	Rappresentante indipendente	44

3.12.6	Approvazioni dell'assemblea generale	45
3.12.7	Obbligo di voto e di trasparenza.....	45
3.13	Entrata in vigore (art. 33).....	45
4	Ripercussioni economiche	46

1 Situazione iniziale e nuova disposizione costituzionale*

Il 3 marzo 2013 il Popolo e i Cantoni hanno accettato a larga maggioranza¹ l'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive»². L'articolo 95 della Costituzione³ (Cost) relativo all'attività economica privata è stato pertanto completato con un capoverso 3⁴:

¹ La Confederazione può emanare prescrizioni sull'esercizio dell'attività economica privata.

² Provvede alla creazione di uno spazio economico svizzero non discriminante. Garantisce alle persone con formazione accademica o titolari di un diploma federale, cantonale o riconosciuto da un Cantone la possibilità di esercitare la professione in tutta la Svizzera.

³ Per tutelare l'economia, la proprietà privata e gli azionisti e per garantire una conduzione sostenibile delle imprese, la legge disciplina le società anonime svizzere quotate in borsa in Svizzera o all'estero secondo i seguenti principi:

a. l'assemblea generale vota annualmente l'importo globale delle retribuzioni (prestazioni in denaro e valore delle prestazioni in natura) del consiglio di amministrazione, della direzione e dell'organo consultivo. Elege annualmente il presidente del consiglio di amministrazione, i singoli membri del consiglio di amministrazione e del comitato di retribuzione (Compensation Committee) e il rappresentante indipendente degli aventi diritto di voto. Le casse pensioni votano nell'interesse dei loro assicurati e rendono pubblico il loro voto. Gli azionisti possono votare elettronicamente a distanza; la rappresentanza del diritto di voto da parte degli organi e per i titoli in deposito è vietata;

b. i membri dei vari organi non ricevono liquidazioni, altre indennità, retribuzioni anticipate, premi per acquisizioni e vendite di ditte e contratti supplementari di consulenza o di lavoro da parte di società del gruppo. La direzione della società non può essere delegata a una persona giuridica;

c. gli statuti disciplinano l'ammontare dei crediti, dei prestiti e delle rendite ai membri degli organi, il piano economico, il piano di partecipazione e il numero di mandati esterni di questi ultimi, nonché la durata dei contratti di lavoro dei membri di direzione;

d. l'infrazione delle disposizioni di cui alle lettere a–c è punita con la pena detentiva fino a tre anni e con la pena pecuniaria fino a sei retribuzioni annuali.

L'articolo 197 Cost. concernente le disposizioni transitorie della Costituzione federale comprende ora il seguente numero 10:

Entro un anno dall'accettazione dell'articolo 95 capoverso 3 da parte del Popolo e dei Cantoni, il Consiglio federale emana le disposizioni di esecuzione necessarie, che rimangono valide fino all'entrata in vigore delle disposizioni legali.

Dopo un anno al massimo dalla votazione popolare, il Consiglio federale deve pertanto ema-

* *Ndt. nel presente rapporto e nella relativa ordinanza fa stato la terminologia del Codice delle obbligazioni.*

¹ <http://www.admin.ch/ch/it/pore/va/20130303/index.html> (68 per cento di consensi del Popolo; consenso unanime dei Cantoni).

² Messaggio del 5 dic. 2008 concernente l'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive» e la modifica del Codice delle obbligazioni (Diritto della società anonima), FF **2009** 265 segg. (08.080); Spiegazioni del Consiglio federale sulla votazione popolare del 3 mar. 2013.

³ Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (Cost., RS **101**)

⁴ RU **2013** 1303 seg.

nare un'ordinanza per attuare l'articolo 95 capoverso 3 Cost. L'Ufficio federale di giustizia (UFG) è stato incaricato di pianificare i lavori di attuazione affinché l'Esecutivo possa mettere in vigore l'ordinanza già il 1° gennaio 2014⁵. Il Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP) intende attuare l'articolo 95 capoverso 3 Cost. attenendosi strettamente e per quanto possibile fedelmente al suo testo. Nel contempo, il DFGP si adopera per garantire la praticabilità, la coerenza contenutistica e la comprensibilità della futura ordinanza.

Poiché il Popolo e i Cantoni hanno accolto l'iniziativa popolare, il relativo controprogetto indiretto del Parlamento⁶, che riprendeva solo parzialmente le disposizioni dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. proponendo in particolare soluzioni più flessibili⁷, è rimasto privo di oggetto.

Nella seduta del 25 aprile 2013, la Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale ha proposto al Consiglio nazionale, con 22 voti a favore nessuno contrario e un astenuto, di rinviare il progetto di revisione del diritto della società anonima (progetto 1 dell'oggetto 08.011) al Consiglio federale con l'incarico di rielaborarlo tenendo conto delle nuove disposizioni costituzionali introdotte in seguito all'accettazione dell'iniziativa popolare. La Commissione ritiene importante effettuare celermente queste modifiche affinché l'articolo 95 capoverso 3 Cost. possa essere attuato il più rapidamente possibile mediante una legge formale⁸.

2 Struttura, suddivisione e caratteristiche dell'ordinanza

2.1 Struttura

Il DFGP intende attuare tutte le disposizioni dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. in un'unica ordinanza, ossia nella nuova ordinanza contro le retribuzioni abusive (ORAbu), che dunque non si limita al diritto della società anonima, ma contiene anche norme sugli istituti di previdenza e disposizioni penali. Questo approccio permette di sottoporre ai destinatari un solo testo normativo, nuovo e consolidato. Inoltre, con l'entrata in vigore delle disposizioni legali formali del Parlamento, dovrà essere abrogata un'unica ordinanza, il che assicura chiarezza giuridica e quindi certezza del diritto.

Il Codice delle obbligazioni (CO)⁹, la legge federale del 25 giugno 1982¹⁰ sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (LPP) e il Codice penale (CP)¹¹ non

⁵ Comunicato stampa del Consiglio federale del 26 mar. 2013.

⁶ Progetto 1 dell'oggetto 10.443. Cfr. Rapporto del 25 ott. 2010 della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati sull'iniziativa parlamentare Controprogetto indiretto all'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive», FF **2010** 7281 segg.; Parere del 17 nov. 2010 del Consiglio federale sul rapporto del 25 ott. 2010 della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati sull'iniziativa parlamentare Controprogetto indiretto all'iniziativa popolare «contro le retribuzioni abusive», FF **2010** 7351 segg.

⁷ Comunicato stampa del Consiglio federale del 18 dic. 2012.

⁸ Comunicato stampa della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale del 26 apr. 2013.

⁹ Legge federale del 30 marzo 1911 di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni, CO, RS **220**).

¹⁰ Legge federale del 25 giugno 1982 sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (LPP, RS **831.40**).

¹¹ Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937(CP, RS **311.0**).

sono stati volutamente modificati. In tal modo è possibile mantenere il parallelismo delle forme degli atti e delle competenze. L'Esecutivo non interviene formalmente nelle leggi federali la cui emanazione compete all'Assemblea federale (art. 163 cpv. 1 e art. 164 cpv. 1 Cost.).

2.2 Suddivisione e caratteristiche

La suddivisione dell'ordinanza segue i diversi rami del diritto interessati:

- diritto della società anonima (sezioni 2 – 9)
- previdenza professionale (sezione 10) e
- diritto penale (sezione 11)

Le disposizioni sul diritto della società anonima si suddividono a loro volta in: elezione e attribuzioni degli organi e delle persone di cui all'articolo 95 capoverso 3 Cost. (sezioni 2 – 5), regolamentazione e trasparenza di settori rilevanti per le retribuzioni (sezione 6 e 7) e ammissibilità delle retribuzioni degli organi (sezione 8 e 9).

L'ordinanza contro le retribuzioni abusive prevede la normativa seguente:

- Sezione 1: Campo d'applicazione
L'ordinanza riguarda società anonime, con sede in Svizzera, le cui azioni sono quotate in borsa in Svizzera o all'estero. Inoltre contiene disposizioni sugli istituti di previdenza che detengono azioni quotate in borsa.
- Sezione 2: Assemblea generale
L'assemblea generale detiene il potere intrasmissibile di eleggere il presidente del consiglio d'amministrazione, i membri del comitato di retribuzione e il rappresentante indipendente. Inoltre deve approvare le retribuzioni complessive dei membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo.
- Sezione 3: Consiglio d'amministrazione
Il mandato dei membri del consiglio d'amministrazione dura un anno; possono essere rieletti. Il consiglio d'amministrazione ha l'attribuzione intrasmissibile e inalienabile di allestire una relazione sulle retribuzioni. L'assemblea generale elegge anche il presidente del consiglio d'amministrazione.
- Sezione 4: Comitato di retribuzione
I membri del comitato di retribuzione sono membri del consiglio d'amministrazione e sono scelti annualmente dall'assemblea generale. Lo statuto stabilisce le attribuzioni e le competenze del comitato di retribuzione.
- Sezione 5: Rappresentante indipendente
La rappresentanza da parte di un depositario e la rappresentanza da parte di un membro di un organo della società sono abolite. La rappresentanza istituzionale può essere esercitata solamente dal rappresentante indipendente eletto dall'assemblea generale. La so-

cietà si assicura che gli azionisti possano dare istruzioni e procure al rappresentante indipendente anche per via elettronica.

- Sezione 6: Disposizioni statutarie

Lo statuto deve contenere determinate indicazioni sulle attività e le condizioni d'impiego degli organi, nonché sulle retribuzioni e il meccanismo di approvazione.

- Sezione 7: Relazione sulle retribuzioni

Il consiglio d'amministrazione allestisce annualmente una relazione scritta sulle retribuzioni nella quale rende note le retribuzioni dei membri degli organi.

- Sezione 8: Approvazione dell'assemblea generale

L'assemblea generale approva in anticipo la retribuzione fissa e, una volta concluso l'esercizio, la retribuzione variabile corrisposte ai membri del consiglio di amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo. Non sono approvate le singole retribuzioni dei membri di tali organi, bensì sempre l'importo totale. A determinate condizioni lo statuto può prevedere un meccanismo di approvazione diverso.

- Sezione 9: Retribuzioni vietate

Le indennità di partenza, le retribuzioni anticipate e le provvigioni per l'assunzione o il trasferimento di imprese o parti d'impresa sono vietate. Le retribuzioni per attività supplementari all'interno del gruppo sono ammesse se sono rese pubbliche nella relazione sulle retribuzioni e sono approvate dall'assemblea generale.

- Sezione 10: Obbligo di voto e di trasparenza degli istituti di previdenza

Gli istituti di previdenza devono esercitare i propri diritti di voto connessi con azioni quotate in borsa e lo devono fare nell'interesse degli assicurati cui riferiscono sul modo in cui hanno votato.

- Sezione 11: Disposizioni penali

Le violazioni delle disposizioni imperative dell'ordinanza sono penalmente perseguite.

- Sezione 12: Disposizioni transitorie

L'ordinanza sarà applicata in modo scaglionato.

- Sezione 13: Entrata in vigore

L'ordinanza deve entrare in vigore il 1° gennaio 2014.

3 Commenti alle singole disposizioni

3.1 Campo d'applicazione (art. 1)

L'articolo 1 capoverso 1 definisce il campo d'applicazione dell'ordinanza contro le retribuzioni abusive. Il testo normativo riguarda direttamente o indirettamente società anonime,

- rette dal diritto svizzero della società anonima (art. 620 – 763 CO)
- le cui azioni sono quotate in borsa in Svizzera o all'estero.

Anche qui, come nella frase introduttiva dell'articolo 95 capoverso 3 Cost., non si riprende la

definizione più ampia di società con azioni quotate in borsa (art. 727 cpv. 1 n. 1 CO) o di titoli di partecipazione quotati in borsa (cfr. art. 958e cpv. 1 n. 2, art. 963b cpv. 1 n. 1 CO) i quali, oltre alle azioni, comprendono anche buoni di partecipazione e buoni di godimento, nonché «altri titoli di partecipazione». È determinante il fatto che le azioni nominative o al portatore di una società anonima siano quotate in borsa, parzialmente o completamente, in Svizzera o all'estero.

Ai sensi dell'articolo 2 lettera b della legge federale del 24 marzo 1995¹² sulle borse (LBVM), in Svizzera sono considerate borse le istituzioni del commercio di valori mobiliari che perseguono lo scambio simultaneo di offerte tra più commercianti di valori mobiliari, nonché la conclusione di contratti. Sebbene ogni Paese regoli autonomamente le proprie borse, la definizione svizzera va applicata per analogia al concetto di borsa estera. In questo modo, solamente la quotazione presso istituzioni regolamentate, riconosciute dallo Stato e corrispondenti alla definizione dell'articolo 2 lettera b LBVM, giustifica l'imposizione a una società degli obblighi derivanti dall'ordinanza¹³. In caso contrario, vi sarebbe il pericolo che il legislatore straniero, o persino enti privati, possa influenzare direttamente il campo d'applicazione materiale dell'ordinanza.

Secondo l'articolo 2 lettera c LBVM per quotazione si intende l'ammissione al commercio sul mercato primario o sul mercato secondario. La quotazione in borsa si riferisce unicamente alla quotazione eseguita su richiesta della società stessa.

L'articolo 1 capoverso 2 dell'ordinanza conferma quanto implicitamente sancito dall'articolo 197 numero 10 Cost.: le disposizioni dell'ordinanza prevalgono sulle disposizioni contrarie del CO e riguardano in particolare i punti seguenti:

- le retribuzioni non saranno più rese pubbliche nell'allegato del bilancio, ma nella relazione sulle retribuzioni (art. 13-17) che sostituisce le indicazioni inserite nell'allegato del bilancio secondo l'articolo 663b^{bis} CO;
- l'assemblea generale elegge singolarmente i membri e il presidente del consiglio d'amministrazione per la durata di un anno (art. 3 seg.). Disposizioni contrarie del diritto vigente: articoli 710 e 712 CO;
- la rappresentanza degli azionisti da parte di un membro di un organo e la rappresentanza di un depositario (art. 11) sono vietate. Disposizioni contrarie del diritto vigente: articoli 689c e 689d CO;
- l'assemblea generale elegge uno o più rappresentanti indipendenti per la durata di un anno (art. 8). Disposizione contraria del diritto vigente: articolo 689c CO;
- si precisa che la gestione può essere delegata esclusivamente a persone fisiche (art. 6), diversamente dalla disposizione, meno restrittiva, del vigente articolo 716b capoverso 1 CO.

¹² RS 954.1

¹³ Cfr. BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 727 N 9; CHK-OERTLE/HÄNNI, Art. 727-727a N 16.

Le disposizioni citate, contrarie all'articolo 95 capoverso 3 Cost. e alla presente ordinanza, non saranno applicate alle società quotate in borsa per il periodo in cui sarà in vigore l'ordinanza.

La priorità dell'ordinanza sulla LPP¹⁴ e sul CP¹⁵ non deve essere precisata poiché le disposizioni sugli istituti di previdenza (art. 22 seg.) e le disposizioni penali (art. 24 seg.) non sono correlate con il diritto vigente.

L'ordinanza infine completa altre disposizioni del vigente diritto della società anonima tra cui gli articoli 626, 627, 698 capoverso 2 e 716a capoverso 1 CO.

Le parentesi in corrispondenza del titolo di alcuni articoli rimandano alle disposizioni di legge che hanno un'attinenza diretta con la nuova ordinanza. In genere il testo non indica esplicitamente quale sia concretamente il rapporto tra la disposizione in oggetto e il rimando al diritto vigente (abrogazione di fatto o modifica vera e propria oppure integrazione); il nesso va stabilito secondo la logica materiale.

3.2 Assemblea generale (art. 2)

L'articolo 2 elenca i poteri intrasmissibili conferiti all'assemblea generale dall'articolo 95 capoverso 3 Cost. e dall'ordinanza. All'assemblea generale spetta il potere di:

- eleggere il presidente del consiglio d'amministrazione ed eventuali sostituti (art. 4);
- eleggere i membri del comitato di retribuzione (art. 7);
- eleggere il rappresentante indipendente (art. 8);
- approvare le retribuzioni del comitato d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo (art. 18 seg.).

Il vigente diritto della società anonima conferisce inoltre all'assemblea generale i poteri intrasmissibili di nominare il consiglio d'amministrazione, nonché di approvare e modificare lo statuto (art. 698 cpv. 2 n. 1 e 2 CO).

3.3 Consiglio d'amministrazione (art. 3-6)

3.3.1 Elezione e durata del mandato

Secondo il diritto vigente, gli amministratori sono eletti per tre anni, salvo disposizione contraria dello statuto. La durata del mandato non può tuttavia superare i sei anni (art. 710 cpv. 1 CO).

L'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. prevede che l'assemblea generale delle società anonime quotate in borsa elegga annualmente il presidente e i singoli membri del consiglio d'amministrazione. Dette disposizioni sono attuate dagli articoli 3 e 4. Le persone elette re-

¹⁴ RS 831.40

¹⁵ RS 311.0

stano in carica fino alla successiva assemblea generale ordinaria. La durata del mandato termina solamente alla fine della successiva assemblea generale ordinaria poiché altrimenti non sarebbe possibile assicurare la continuità della presidenza del consiglio d'amministrazione.

Sia i membri (art. 3 cpv. 2 secondo per.) sia il presidente del consiglio d'amministrazione (art. 4 cpv. 2 secondo per.) sono rieleggibili.

L'assemblea generale può eleggere uno o più sostituti del presidente che lo possono rappresentare temporaneamente in caso di assenza o impedimento¹⁶. In questo modo è possibile evitare una vacanza dell'organo dovuta ad esempio alle dimissioni o al decesso del presidente del consiglio d'amministrazione che produrrebbe per la società una lacuna nell'organizzazione imperativamente prescritta dalla legge (art. 731b, art. 941a CO)¹⁷.

Il diritto di revoca dell'assemblea generale non è modificato (art. 705 CO) ma precisato in riferimento al presidente del consiglio d'amministrazione (art. 4 cpv. 3): l'assemblea generale può revocare in qualsiasi momento e con effetto immediato il presidente o eventuali suoi sostituti, ma lasciare che continuino a far parte del consiglio d'amministrazione.

3.3.2 Attribuzione intrasmissibile

Finora il consiglio d'amministrazione aveva l'attribuzione intrasmissibile di integrare nell'allegato del conto annuale le indicazioni supplementari riguardanti le retribuzioni del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo (art. 663b^{bis} in combinato disposto con l'art. 716a cpv. 1 n. 6 CO).

Con la nuova ordinanza tali informazioni non sono più pubblicate nell'allegato del conto annuale, bensì in una relazione separata sulle retribuzioni (art. 13 segg.). In base alle attuali regole sulle competenze, l'articolo 5 stabilisce pertanto che allestire tale relazione è un'attribuzione intrasmissibile del consiglio d'amministrazione. Naturalmente per la stesura della relazione sulle retribuzioni, come anche di quella sulla gestione (art. 716a cpv. 1 n. 6 CO), il consiglio d'amministrazione può ricorrere a persone al di fuori del consiglio stesso.

3.3.3 Delega della gestione

L'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost. vieta che la direzione della società sia delegata a una persona giuridica.

¹⁶ Cfr. IVO W. HUNGERBÜHLER, *Der Verwaltungsratspräsident*, Zurigo 2003, pag. 214 seg.; ROLAND MÜLLER/PHILIPP THALMANN, *Stellvertretung und Rechtsvertretung im Verwaltungsrat*, REPRAX 2/2011, pag. 14.

¹⁷ Messaggio del 19 dic. 2001 concernente una revisione del Codice delle obbligazioni (Diritto della società a garanzia limitata; adeguamento del diritto della società anonima, della società cooperativa, del registro di commercio e delle ditte commerciali), FF **2002** 2841, 2930. Cfr. LUKAS BERGER/DAVID RÜETSCHI/FLORIAN ZIHLER, *Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche- und zivilprozessuale Aspekte*, REPRAX 1/2012, pag. 7 seg.

Per questa ragione l'articolo 6 regola la delega della gestione unicamente a persone fisiche. Già la vigente ordinanza del 17 ottobre 2007¹⁸ sul registro di commercio (ORC) vieta che le persone giuridiche siano iscritte nel registro di commercio come membri dell'organo superiore di direzione o di amministrazione o come persone autorizzate a firmare (art. 120 ORC).

3.4 Comitato di retribuzione (art. 7)

L'assemblea generale elegge i membri del comitato di retribuzione fino alla successiva assemblea generale ordinaria. Ogni membro è eletto singolarmente e può essere rieletto (art. 7 cpv. 1 e 3).

Secondo l'articolo 7 capoverso 2, l'assemblea generale può eleggere per il comitato di retribuzione solamente membri del consiglio d'amministrazione. L'ordinanza non precisa i requisiti dei membri del comitato di retribuzione, tuttavia, in base alla raccomandazione dello *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*, devono essere indipendenti¹⁹. In questo modo è possibile evitare eventuali conflitti d'interesse nella determinazione delle retribuzioni e rafforzare sia la *corporate governance* della società sia la credibilità del comitato di fronte agli azionisti.

I membri del comitato di retribuzione hanno gli stessi diritti di cui godono come membri del consiglio d'amministrazione, ad esempio hanno il diritto di ottenere raggugli e di consultare i documenti (art. 715a CO). Nella misura in cui lo richiede l'espletamento delle proprie funzioni, ogni membro del comitato di retribuzione può chiedere la produzione di atti (p. es. contratti di lavoro) e di libri (p. es. documenti relativi alla contabilità).

Lo statuto fissa le attribuzioni e le competenze del comitato di retribuzione (art. 7 cpv. 4 in combinato disposto con l'art. 12 cpv. 1 n. 3). La società è dunque fondamentalemente libera di impostare come preferisce il comitato di retribuzione. Lo statuto può prevedere per esempio che il comitato di retribuzione abbia una competenza decisionale o una competenza decisionale con riserva di approvazione da parte del consiglio d'amministrazione generale oppure semplicemente una competenza propositiva²⁰. In questo modo l'ordinanza garantisce i diritti sociali degli azionisti e permette soluzioni flessibili e calibrate sul caso singolo.

¹⁸ RS 221.411. Cfr. CHAMPEAUX, *SHK-HRegV*, Art. 120 N 5.

¹⁹ Cfr. *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*, *economiesuisse*, Zurigo 2007, allegato 1 n. 2.

²⁰ Cfr. *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*, *economiesuisse*, Zurigo 2007, allegato 1 n. 1. È comunque possibile anche combinare i vari modelli (p. es. il comitato di retribuzione propone al consiglio d'amministrazione le retribuzioni del presidente del consiglio d'amministrazione e del presidente della direzione (CEO) ma fissa direttamente quelle degli altri membri del consiglio d'amministrazione e della direzione).

3.5 Rappresentante indipendente (art. 8-11)

3.5.1 Principio

La rappresentanza istituzionale è una forma speciale di rappresentanza prevista dalla legge e pensata per rappresentare un numero elevato di azionisti nell'assemblea generale. Nel diritto vigente, la rappresentanza istituzionale, retta dagli articoli 689c e 689d CO, contempla la rappresentanza da parte di un organo della società, la rappresentanza indipendente e la rappresentanza da parte di un depositario.

Ora l'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. vieta esplicitamente la rappresentanza sia da parte di un organo della società sia da parte di un depositario e prescrive che il rappresentante indipendente venga eletto annualmente dall'assemblea generale. Ciò comporta anzitutto che le società quotate in borsa propongano obbligatoriamente un rappresentante indipendente agli azionisti, in secondo luogo che tale rappresentante sia eletto annualmente dall'assemblea generale e infine che le altre forme di rappresentanza istituzionale, ossia da parte di un organo della società e da parte di un depositario, siano esplicitamente vietate.

Conseguentemente gli articoli 8 e seguenti ridefiniscono la rappresentanza istituzionale presso le società anonime quotate in borsa e precisano che è ammessa una sola forma di rappresentanza: quella da parte del rappresentante indipendente.

Ovviamente la rappresentanza volontaria di cui all'articolo 689 capoverso 2 CO è ancora possibile.

3.5.2 Elezione e durata del mandato

L'elezione del rappresentante indipendente è una competenza intrasmissibile dell'assemblea generale (art. 2 n. 3) che può eleggere uno o più rappresentanti indipendenti al fine di prevenire un'eventuale vacanza nell'organo. La rappresentanza da parte di un organo della società o di un depositario secondo gli articoli 689c e 689d CO è esplicitamente vietata (art. 11).

In linea di massima l'elezione si tiene durante l'assemblea generale ordinaria e il mandato dura fino alla fine della successiva assemblea generale ordinaria (art. 8 cpv. 1 e 3). L'assemblea generale non elegge il rappresentante indipendente solamente per la successiva assemblea generale, ma anche per tutte le altre assemblee generali straordinarie che si terranno tra la sua elezione e la successiva assemblea generale ordinaria. Ovviamente la rielezione è ammessa (art. 8 cpv. 3 secondo per.).

Secondo l'articolo 8 capoverso 2 sono eleggibili le persone fisiche o giuridiche oppure le società di persone a condizione che siano indipendenti dalla società quotata in borsa. L'indipendenza del rappresentante è retta dalle disposizioni in materia di indipendenza applicate all'ufficio di revisione nel quadro della revisione ordinaria secondo l'articolo 728 CO.

Come nel caso dell'ufficio di revisione (cfr. art. 730a cpv. 4 CO), l'assemblea generale può

revocare il rappresentante indipendente in qualsiasi momento e con effetto immediato (art. 8 cpv. 4).

3.5.3 Conferimento di procure e istruzioni

Il consiglio d'amministrazione deve garantire che gli azionisti abbiano la possibilità di dare istruzioni su tutte le proposte. Gli azionisti devono poter dare singole istruzioni su ciascuna proposta che figura nella convocazione riguardo a oggetti all'ordine del giorno (art. 9 cpv. 1) nonché istruzioni generali su proposte non annunciate e su nuovi oggetti all'ordine del giorno secondo l'articolo 700 capoverso 3 CO (art. 9 cpv. 2). Questa condizione può essere soddisfatta ad esempio aggiungendo al modulo sulle proposte conosciute le rubriche «proposte non annunciate» e «nuovi oggetti all'ordine del giorno» corredate dalle opzioni «accettare», «respingere», «astenersi» o «votare come il consiglio d'amministrazione».

L'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. prevede che gli azionisti possano votare elettronicamente a distanza. La disposizione costituzionale tuttavia si riferisce solamente al cosiddetto *indirect voting*, ossia alla possibilità degli azionisti di poter dare istruzioni e procure al rappresentante indipendente per via elettronica. Le società non devono pertanto prevedere obbligatoriamente una partecipazione diretta degli azionisti all'assemblea generale per via elettronica; l'articolo 95 capoverso 3 Cost. ammette tuttavia una simile possibilità.

In base all'articolo 9 capoverso 3, il consiglio d'amministrazione ha l'obbligo di prendere le misure necessarie affinché gli azionisti possano dare istruzioni e procure al rappresentante indipendente per via elettronica. Le società sono libere di adottare qualsiasi sistema elettronico di identificazione e comunicazione a condizione che i diritti degli azionisti non ne siano limitati. Di conseguenza, la società può anche definire fino a quando deve essere possibile dare istruzioni e procure per via elettronica (p. e. lo statuto potrebbe prevedere che si possono dare istruzioni e procure per via elettronica fino a un'ora prima dell'inizio dell'assemblea generale).

3.5.4 Attribuzioni

Il rappresentante indipendente deve esercitare i diritti di voto conferitigli seguendo le istruzioni (art. 10 cpv. 1). Per tutelare il rapporto di fiducia tra azionisti e rappresentante indipendente è opportuno che gli azionisti diano la procura e le istruzioni direttamente al rappresentante indipendente, senza doverle trasmetterle previamente alla società.

Per garantire che la reale volontà degli azionisti possa esprimersi il più fedelmente possibile nell'ambito del processo decisionale societario, l'articolo 10 capoverso 2 prevede inoltre che il rappresentante indipendente si astenga dal voto se non ha ricevuto alcuna istruzione. In base al quorum deliberativo generale di cui all'articolo 703 CO le astensioni valgono come voti contrari.

3.6 Disposizioni statutarie (art. 12)

3.6.1 Disposizioni necessarie

Oltre al disposto dell'articolo 626 CO, lo statuto deve comprendere obbligatoriamente disposizioni su tre nuovi ambiti (art. 12 cpv. 1).

L'articolo 95 capoverso 3 lettera c Cost. esige che lo statuto disciplini i mandati esterni dei membri degli organi. In base all'articolo 12 capoverso 1 numero 1, lo statuto deve pertanto contenere una disposizione sul numero delle attività che i membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo possono esercitare negli organi superiori di direzione o di amministrazione di enti giuridici che sono obbligati a farsi iscrivere nel registro di commercio e non sono controllati dalla società o non la controllano. Per la definizione di ente giuridico si rimanda all'articolo 2 lettera a ORC²¹.

La nozione dei controlli è stata ripresa dal diritto contabile (Art. 963 cpv. 1 e 2 CO)²².

Il rispetto del numero massimo posto dallo statuto alle attività supplementari non significa tuttavia che sia di per sé ammesso esercitarle. Assumere tre mandati di amministratore al di fuori del gruppo è sì conforme allo statuto (se p. es. lo statuto prevede un massimo di cinque attività supplementari), ma, visto l'onere supplementare che tali attività implicano, non è più in linea con l'obbligo generale di diligenza di cui all'articolo 717 capoverso 1 CO.

Secondo l'articolo 12 capoverso 1 numero 2, lo statuto deve anche contenere disposizioni sulla durata dei contratti di lavoro dei membri della direzione. Questa disposizione statutaria imperativa serve a impedire l'elusione del divieto di concedere indennità di partenza. Sebbene l'articolo 95 capoverso 3 lettera c Cost. non prescriva esplicitamente una normativa statutaria sui termini di disdetta, tuttavia, in base al suo obbligo generale di diligenza, il consiglio d'amministrazione deve vigilare affinché la durata massima dei contratti di lavoro prevista dallo statuto non sia aggirata tramite termini di disdetta eccessivi. Lo scopo della normativa statutaria, ossia la trasparenza sulla durata massima dei contratti di lavoro, impone che tale durata non sia prescritta in modo troppo generico o poco realista (obbligo di applicare il diritto restando fedeli al suo spirito).

Infine lo statuto deve anche regolare le attribuzioni e le competenze del comitato di retribuzione (art. 12 cpv. 1 n. 3 in combinato disposto con art. 7 cpv. 4).

²¹ Cfr. TURIN, *SHK-HRegV*, Art. 2 N 3.

²² Messaggio del 21 dic. 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, 1450.

3.6.2 Altre disposizioni

Oltre al disposto dell'articolo 627 CO, non obbligano, se non sono contenute nello statuto, le disposizioni riguardanti (art. 12 cpv. 2):

- l'ammontare dei mutui, dei crediti e delle rendite concessi ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo (art. 12 cpv. 2 n. 1 e 15 cpv. 1 e 2);
- i principi delle retribuzioni commisurate alla prestazione corrisposte ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo (art. 12 cpv. 2 n. 2, 14 cpv. 2 n. 1 e 18 cpv. 1 n. 2, 4 e 6);
- i principi dell'attribuzione di titoli di partecipazione, di diritti di conversione e di opzione concessi ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo (art. 12 cpv. 2 n. 3 e 14 cpv. 2 n. 4);
- la facoltà di delegare la gestione a singoli membri del consiglio d'amministrazione o ad altre persone fisiche (art. 12 cpv. 2 n. 4 e 6);
- l'importo aggiuntivo per le retribuzioni di membri della direzione nominati dopo l'approvazione della retribuzione fissa (art. 12 cpv. 2 n. 5 e 19);
- le deroghe all'approvazione delle retribuzioni secondo l'articolo 18 capoverso 3 (art. 12 cpv. 2 n. 6).

L'espressione «principi» (art. 12 cpv. 2 n. 2 e 3) chiarisce che lo statuto non deve regolamentare in dettaglio questi ambiti. Gli azionisti devono comunque avere la possibilità di stabilire i requisiti e le basi principali ossia di fissare i punti cardine di una corretta normativa statutaria.

Se lo statuto non comprende ad esempio alcuna indicazione sui principi che regolano le retribuzioni commisurate alla prestazione o l'attribuzione di titoli di partecipazione, di diritti di conversione e d'opzione ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo, significa che tali retribuzioni sono vietate (art. 20 n. 4 e 5). Se ciononostante fossero corrisposte, la società vanterebbe un credito immediatamente esigibile nei confronti del beneficiario²³. Andrebbe inoltre riconosciuta anche la responsabilità civile degli organi, se le retribuzioni non fossero restituite e ne derivasse un danno per la società.

3.7 Relazione sulle retribuzioni (art. 13-17)

3.7.1 Allestimento, comunicazione e pubblicazione della relazione sulle retribuzioni

In base all'articolo 13 capoverso 1 primo periodo, il consiglio d'amministrazione allestisce annualmente una relazione scritta sulle retribuzioni nella quale presenta all'assemblea gene-

²³ Cfr. per analogia *BSK OR II-KURER/KURER*, Art. 680 N 25 segg.

rale diversi aspetti delle retribuzioni corrisposte ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo nonché alle persone vicine a tali membri.

Finora tali indicazioni non erano materia di una relazione a se stante, ma figuravano nell'allegato del bilancio²⁴ (art. 663b^{bis} CO). Adesso le società non devono più fare questo esercizio di trasparenza in tale allegato, ma allestire al riguardo una relazione indipendente da sottoporre anzitutto alla verifica dell'ufficio di revisione (art. 17). Questa separazione evita che l'assemblea generale approvi le retribuzioni sia in occasione dell'approvazione del conto annuale (art. 698 cpv. 2 n. 4 CO) sia in occasione dell'approvazione degli importi totali delle retribuzioni (art. 18 seg.). In questo modo, inoltre, è possibile prevenire voti contraddittori. Di fatto l'ordinanza abroga quindi l'articolo 663b^{bis} CO (art. 13 cpv. 1 secondo per.).

Gli articoli 696 e 958e capoverso 1 CO si applicano per analogia alla comunicazione e alla pubblicazione della relazione sulle retribuzioni (art. 13-16) e della relazione dell'ufficio di revisione (art. 17). La disposizione corrisponde alla sistematica del diritto vigente, pertanto per le società non cambia niente.

3.7.2 Trasparenza delle retribuzioni

Gli articoli 14-16 stabiliscono precisamente le indicazioni da pubblicare sugli organi, sulle persone, e sulle persone vicine a queste ultime. Le disposizioni corrispondono in linea di massima all'articolo 663b^{bis} CO, tuttavia è stato necessario procedere a singoli adattamenti imposti dalle prescrizioni dell'articolo 95 capoverso 3 Cost.:

- le indennità di partenza, vietate dall'articolo 20 numero 1, sono state soppresse (finora art. 663b^{bis} cpv. 2 n. 5 CO);
- la definizione delle retribuzioni di cui all'articolo 14 capoverso 2 numero 3 cita anche le prestazioni di servizi. Di fatto non si tratta di un ampliamento del campo materiale della relazione sulle retribuzioni, visto che l'attuale elenco non è esaustivo (art. 663b^{bis} cpv. 2 CO frase introduttiva);
- l'articolo 15 capoverso 2 cita, oltre alle retribuzioni e ai crediti, anche i mutui. In questo modo non si vuole ampliare il campo materiale della relazione sulle retribuzioni, ma creare una coerenza tra il primo e il secondo capoverso²⁵.

In merito all'articolo 14 capoverso 2 numero 7, occorre precisare che l'acquisizione di averi assoggettati alla legge federale del 17 dicembre 1993²⁶ sul libero passaggio non costituisce una retribuzione ai sensi dell'articolo citato. Tali prestazioni, comprese quelle corrisposte ai membri del consiglio d'amministrazione, non sono versate dalla società, ma dall'istituto di

²⁴ Ora: allegato del conto annuale (art. 959c CO).

²⁵ Anche il 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, 4013, utilizza i concetti di «crediti» e di «mutui» come sinonimi.

²⁶ RS **831.42**

previdenza. Per contro le spese sostenute dalla società per il conseguimento di prestazioni previdenziali costituiscono retribuzioni (art. 14 cpv. 2 n. 7).

La leggibilità dell'articolo 663^{bis} CO è migliorata suddividendone il contenuto in tre articoli:

- l'articolo 14 riprende in linea di massima i capoversi 1 e 2 dell'articolo 663^{bis};
- l'articolo 15 riprende in linea di massima i capoversi 3 e 4;
- l'articolo 16 riprende il capoverso 1 numero 5, il capoverso 3 numero 3 e il capoverso 5²⁷.

Determinante per l'obbligo di pubblicare le retribuzioni nella relativa relazione è, come già nel diritto vigente, il momento in cui vanno iscritte nel rendiconto. La relazione sulle retribuzioni si riferisce dunque all'esercizio concluso²⁸.

3.7.3 Verifica dell'ufficio di revisione

Nel diritto vigente le retribuzioni devono essere indicate nell'allegato del bilancio (art. 663^{bis} CO). Poiché, secondo l'articolo 958 capoverso 2 CO, tale allegato è una parte del conto annuale, l'ufficio di revisione verifica se le indicazioni sulle retribuzioni pubblicate sono conformi alle disposizioni legali, allo statuto e alla normativa tecnica prescelta (art. 728a cpv. 1 n. 1 CO)²⁹.

L'articolo 13 e seguenti spostano le informazioni sulle retribuzioni dall'allegato del bilancio/conto annuale alla relazione sulle retribuzioni. Pertanto, ai fini della verifica di tale relazione, le attribuzioni dell'ufficio di revisione devono essere formalmente adeguate. Conseguentemente, in base all'articolo 17, l'ufficio di revisione deve verificare se la relazione sulle retribuzioni è conforme alla legge, alla presente ordinanza (art. 13-16) e allo statuto. L'ufficio di revisione presenta all'assemblea generale una relazione scritta sul risultato della verifica.

In linea di massima, in caso di indicazioni inesatte sulle retribuzioni corrisposte ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo, l'ufficio di revisione dovrà informarne l'assemblea generale poiché in generale si tratta di una violazione essenziale ai sensi dell'articolo 728c capoverso 2 numero 1 CO. Indicazioni incomplete o scorrette nella relazione sulle retribuzioni distorcerebbero la formazione dell'opinione ledendo quindi i diritti sociali dell'assemblea generale fissati nell'articolo 95 capoverso 3 Cost.³⁰.

²⁷ Cfr. Comunicazione 1/09 dell'Ufficio federale del registro di commercio del 12 mar. 2009, n. 9 con altri rimandi.

²⁸ Come già il 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 pag. 4014

²⁹ Cfr. *Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung*, 1° volume, Zurigo 2009, pag. 292 seg.

³⁰ Cfr. BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 728c N 22

3.8 Deliberazioni dell'assemblea generale (art. 18 e 19)

3.8.1 Meccanismo di approvazione previsto dall'ordinanza

L'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. prescrive che «l'assemblea generale voti annualmente l'importo globale delle retribuzioni (prestazioni in denaro e valore delle prestazioni in natura) del consiglio di amministrazione, della direzione e dell'organo consultivo».

Queste approvazioni sono condizioni *ex lege*, ossia derivano direttamente sia dalla Costituzione sia dall'ordinanza e quindi per avere effetto giuridico non occorre che siano esplicitate in un contratto di lavoro.

L'ordinanza attua le disposizioni vincolanti dell'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. come segue:

- ai sensi dell'articolo 18 capoverso 1 numeri 1, 3 e 5, l'assemblea generale deve approvare gli importi totali delle retribuzioni fisse corrisposte ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo per il periodo fino alla successiva assemblea generale ordinaria;
- secondo l'articolo 18 capoverso 1 numeri 2, 4 e 6, l'assemblea generale deve inoltre approvare gli importi totali delle retribuzioni variabili corrisposte ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo per l'esercizio concluso.

Il consiglio d'amministrazione deve sottoporre sei proposte motivate all'assemblea generale che le approva o le respinge.

La retribuzione variabile comprende elementi legati ai risultati dell'impresa e alle prestazioni personali. In ogni caso non si tratta di un impiego dell'utile ai sensi dell'articolo 677 CO e di fatto è già nei costi d'esercizio e nei costi degli accantonamenti che figurano nei conti annuali sottoposti al controllo ordinario.

Se vi è un rapporto di lavoro, la retribuzione variabile va considerata come una gratificazione ai sensi dell'articolo 322d CO per la quale non sussiste alcun diritto legale. Dal momento che l'assemblea generale è tenuta ad approvare ogni anno le retribuzioni, la gratificazione resta tale nel corso degli anni e i membri del consiglio d'amministrazione, della direzione o del consiglio consultivo non vi hanno automaticamente diritto.

Secondo l'articolo 18, le decisioni di approvazione si riferiscono a due periodi differenti:

- la retribuzione fissa è approvata in anticipo per il periodo fino alla successiva assemblea generale ordinaria (p. es. per il periodo tra la l'assemblea generale ordinaria del marzo X fino alla successiva assemblea generale ordinaria dell'aprile X+1). Essa garantisce la certezza del diritto per la società e i suoi organi poiché gli importi totali per il consiglio d'amministrazione, la direzione e il consiglio consultivo sono fissati in via definitiva;
- la retribuzione variabile è approvata a posteriori per l'esercizio concluso (p. es. nell'assemblea generale ordinaria del marzo X per l'esercizio dal 1° gennaio al 31 dicembre X-1). Essa dipende per lo più dai criteri fissati con la chiusura dell'esercizio o

al momento della stesura della relazione sulla gestione.

L'assemblea generale approva le retribuzioni dei tre organi separatamente ma vota sempre l'importo totale delle retribuzioni fisse e variabili di modo da evitare che si prendano misure punitive nei confronti di singoli membri. Comunque dalla relazione sulle retribuzioni, è possibile risalire alla retribuzione del singolo membro del consiglio d'amministrazione (art. 15 cpv. 2 n. 1) e del consiglio consultivo (art. 15 cpv. 2 n. 3). La relazione sulle retribuzioni riporta anche il membro della direzione che percepisce la retribuzione più alta (art. 15 cpv. 2 n. 2).

In linea di massima, l'approvazione dell'assemblea generale non ha di per sé alcuna ripercussione sulla responsabilità dei membri del consiglio d'amministrazione e del comitato di retribuzione. Se tra una retribuzione e il danno subito dalla società vi è un nesso causale adeguato e se il membro del consiglio d'amministrazione o del comitato di retribuzione ha agito in modo colpevole, tale persona deve rispondere del danno anche se la retribuzione è stata approvata dall'assemblea generale. L'approvazione delle retribuzioni da parte dell'assemblea generale non solleva dunque il consiglio d'amministrazione dal suo obbligo di diligenza nel definire la politica di retribuzione dell'impresa.

3.8.2 Seconda proposta e assemblea generale straordinaria

Ai sensi dell'articolo 18 capoverso 2, se l'assemblea generale rifiuta di approvare un importo totale, il consiglio d'amministrazione può sottoporle una nuova proposta durante l'assemblea in corso.

Se non fa alcuna nuova proposta oppure se anche questa è respinta, il consiglio d'amministrazione deve convocare una nuova assemblea generale entro tre mesi. Questa seconda assemblea non costituisce la continuazione della prima, ma è a tutti gli effetti una nuova assemblea generale per la cui convocazione e svolgimento occorrerà quindi seguire tutte le disposizioni legali e statutarie. In una simile evenienza è possibile che il consiglio d'amministrazione inserisca nell'ordine del giorno di questa seconda assemblea generale anche l'elezione di nuovi membri del consiglio stesso. Se per la seconda volta le proposte di approvazione delle retribuzioni per la direzione o il consiglio d'amministrazione fossero respinte, sarebbe praticamente inevitabile rinominare almeno una parte del consiglio d'amministrazione. In virtù del suo obbligo di diligenza (art. 717 CO), il consiglio d'amministrazione deve infatti prevenire una lacuna nell'organizzazione imperativamente prescritta dalla legge (art. 731b/941a CO).

3.8.3 Normativa statutaria

L'assemblea generale può prevedere una regola statutaria che deroghi al meccanismo di approvazione di cui all'articolo 18 capoverso 1, ma senza eludere le disposizioni

dell'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. in particolare quelle concernenti i diritti degli azionisti. L'articolo 18 capoverso 3 numeri 1-3 prevede pertanto le seguenti condizioni imperative:

- il meccanismo di approvazione deve essere fissato nello statuto. La descrizione nello statuto deve permettere agli azionisti di capire come avviene l'approvazione delle retribuzioni corrisposte ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo (art. 18 cpv. 3 frase introduttiva);
- secondo il numero 1, l'assemblea generale deve poter votare annualmente in merito alle retribuzioni corrisposte ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo. Una regola statutaria che ad esempio preveda un'approvazione delle retribuzioni per un periodo di diversi anni, sarebbe illecita;
- secondo il numero 2, l'assemblea generale deve poter votare separatamente in merito all'importo totale delle retribuzioni del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo. Non è imperativamente previsto che le retribuzioni fisse debbano essere votate separatamente dalle retribuzioni variabili. È inoltre possibile che non sia approvata una retribuzione fissa per il periodo tra due assemblee generali ordinarie, ma di volta in volta per l'esercizio successivo;
- è vietato il voto consultivo per esempio in merito alla relazione sulle retribuzioni o alle retribuzioni corrisposte ai membri della direzione. Secondo il numero 3, il voto dell'assemblea generale deve essere vincolante in particolare per il consiglio d'amministrazione. I costrutti statuari o contrattuali che non soddisfano questo requisito eludono la legge.

L'articolo 18 capoverso 3 ammette deroghe al meccanismo di approvazione di cui all'articolo 18 capoverso 1 ad esempio per l'approvazione, per l'esercizio successivo, di un *budget* separato per il consiglio d'amministrazione, la direzione e il consiglio consultivo. Le altre disposizioni dell'ordinanza devono essere applicate senza restrizioni, ad esempio l'allestimento annuale della relazione sulle retribuzioni che dovrà presentare il contenuto prescritto. Ovviamente la società può introdurre regole più severe, per esempio attraverso l'approvazione delle singole retribuzioni dei membri degli organi.

Una regolamentazione statutaria conforme all'articolo 18 capoverso 3 non impedisce che la società possa approfittare delle possibilità di cui all'articolo 18 capoverso 2 e articolo 19 (seconda proposta; importo aggiuntivo).

Il consiglio d'amministrazione è responsabile della completa attuazione delle disposizioni dell'articolo 18 capoverso 3. Una maggiore flessibilità comporta un certo rischio sotto il profilo civile e penale legato alla compilazione e all'applicazione di un proprio meccanismo statutario di approvazione.

3.8.4 Importo aggiuntivo per la direzione

Il consiglio d'amministrazione ha l'attribuzione intrasmissibile di nominare i membri della direzione (art. 716a cpv. 1 n. 4 CO). Diversamente dall'elezione dei membri del consiglio d'amministrazione, la nomina non è collegata alla convocazione di un'assemblea generale. L'obbligo di approvazione della retribuzione fissa da parte dell'assemblea generale può dunque costituire un problema se il consiglio d'amministrazione nomina tra due assemblee generali ordinarie uno o più nuovi membri della direzione e di conseguenza l'importo totale della retribuzione fissa già approvato non è più sufficiente.

Obbligare il consiglio d'amministrazione a convocare un'assemblea generale straordinaria solamente per questa ragione sarebbe eccessivo per una società quotata in borsa. Tuttavia escludere completamente questa parte eccedente della retribuzione fissa dal nuovo meccanismo di approvazione non corrisponderebbe alle disposizioni imperative dell'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. e dell'articolo 18 capoverso 1. L'articolo 19 prevede pertanto una soluzione di compromesso.

Secondo il capoverso 1, lo statuto può prevedere un importo aggiuntivo per retribuire i nuovi membri della direzione eventualmente nominati. Tale importo va aggiunto alla retribuzione fissa totale della direzione già approvata. Si ricorre a un simile importo se la retribuzione fissa, approvata per la direzione, non è più sufficiente per retribuire sufficientemente i nuovi membri della direzione. La disposizione statutaria deve prevedere un importo aggiuntivo concreto o almeno chiaramente calcolabile da parte degli azionisti.

Secondo il capoverso 2, l'assemblea generale non deve approvare l'importo aggiuntivo a posteriori poiché ha già potuto intervenire e votare al momento dell'adozione della base statutaria (art. 12 cpv. 2 n. 5).

3.9 Retribuzioni vietate (art. 20 e 21)

3.9.1 Retribuzioni vietate nella società

Le seguenti retribuzioni per membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo sono vietate secondo l'articolo 20 capoverso 1 numeri 1-5:

- indennità di partenza;
- retribuzioni anticipate;
- provvigioni per l'assunzione o il trasferimento di imprese o parti d'impresa;
- mutui, crediti, rendite e retribuzioni commisurate alla prestazione non conformi allo statuto; e
- titoli di partecipazione, diritti di conversione e di opzione non conformi allo statuto.

Il beneficiario di retribuzioni vietate non è praticamente mai in buona fede. Il divieto delle succitate retribuzioni risulta sia dall'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost. sia dalla presente

ordinanza.

3.9.2 Indennità di partenza

Le indennità di partenza per i membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo, in particolare le liquidazioni forfettarie senza controprestazione diretta, sono vietate dall'articolo 20 capoverso 1. L'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost. non lascia spazio ad alcuna eccezione e prevede che i membri dei vari organi non ricevano liquidazioni né altre indennità. Pertanto anche le indennità destinate agli organi superiori di gestione in caso di cambiamento nel controllo della società sono vietate³¹. Il consiglio d'amministrazione deve attuare di conseguenza il divieto generale delle indennità di partenza, per esempio nella formulazione dei contratti di lavoro dei membri della direzione.

Poiché la nozione di indennità di partenza è già di per sé una nozione giuridica indeterminata, si rinuncia di proposito a inserire nel testo dell'ordinanza la nozione di «altra indennità» che richiede sforzi interpretativi ancor maggiori. Risulta tuttavia dall'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost. che si tratta di un divieto generale delle indennità di partenza.

Il divieto delle indennità di partenza non pone alcun altro problema per quanto concerne i membri del consiglio d'amministrazione in quanto sono eletti annualmente (art. 3 cpv. 1). La retribuzione fissa (art. 18 cpv. 1 n. 1) approvata dall'assemblea generale, o almeno una parte di essa, è sufficiente come indennità per un'attività durata soltanto alcuni mesi. Lo stesso trattamento va riservato ai membri del consiglio consultivo anche nel caso in cui il loro mandato durasse più di un anno. Nella pratica i consigli consultivi sono relativamente rari.

Con i membri della direzione vengono regolarmente conclusi contratti di lavoro a tempo indeterminato che il consiglio d'amministrazione può disdire rispettando i termini di disdetta ordinari (art. 335a segg. CO). Spesso il consiglio d'amministrazione decide di rescindere il contratto di lavoro per cause gravi, in questi casi ragioni di buona fede non permettono di proseguire il rapporto di lavoro (cfr. art. 337 CO). Nemmeno in questo caso l'attuazione del divieto delle indennità di partenza pone grandi problemi. Occorre in particolare rilevare che la retribuzione fissa o una parte di essa copre le pretese finanziarie del membro della direzione il cui rapporto di lavoro è stato rescisso.

I contratti di lavoro pluriennali e limitati nel tempo dei membri della direzione – vale a dire contratti senza possibilità di disdetta entro i termini ordinari (art. 335a segg. CO) – pongono alcuni problemi tenuto conto di tutte le prescrizioni dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. e della presente ordinanza. Tutte le retribuzioni dei membri della direzione devono essere approvate annualmente dall'assemblea generale. Pertanto, e in virtù dell'esplicito divieto delle indennità di partenza, non deve essere fatto ricorso a contratti di lavoro pluriennali e limitati nel tempo

³¹ Queste indennità di partenza sono permesse soltanto in misura limitata anche dal vigente diritto della società anonima e della borsa: cfr. BEAT BRECHBÜHL, *Goldene Fallschirme oder silberne Brücken?*, *Ein Beitrag zu den Kontrollwechselklauseln*, SJZ 100 (2004), Nr. 2, pag. 34.

in quanto corrispondono di fatto a indennità di partenza, seppure sotto altro nome (art. 18 cpv. 1 CO)³².

Altrettanto problematico appare il notevole prolungamento dei termini di disdetta ordinari (art. 335b seg. CO).

Il divieto delle indennità di partenza comprende le indennità di partenza di cui all'articolo 339b e seguenti CO che nella pratica sono relativamente insignificanti. I membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo di una società quotata in borsa non hanno peraltro bisogno di questa protezione finanziaria.

È stato più volte chiesto di sopprimere anche i divieti di concorrenza per i membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo³³. Un divieto generale sarebbe tuttavia eccessivo e non sarebbe coperto dall'articolo 95 capoverso 3 Cost. Convenire un divieto di concorrenza, per esempio con un membro della direzione che conosce segreti d'affari sensibili concernenti il settore della ricerca e dello sviluppo, potrebbe essere una soluzione assolutamente opportuna. In tal caso deve essere versata un'indennità di non concorrenza adeguata al mercato. Tuttavia, se anche in base all'articolo 18 CO, è manifestamente un'indennità di partenza occulta, l'indennità di non concorrenza soggiace al divieto dell'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost. rispettivamente dell'articolo 20³⁴.

3.9.3 Retribuzioni anticipate, premi d'assunzione

Secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost. e l'articolo 20 numero 2, le retribuzioni anticipate sono vietate. Si vuole evitare che i membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo ricevano (elevate) prestazioni finanziarie o in natura, prima di iniziare a collaborare con la società, di avere assunto responsabilità e generato un plusvalore.

Le retribuzioni anticipate vanno distinte dai premi d'assunzione. Un premio d'assunzione è una speciale retribuzione per indurre un membro del consiglio d'amministrazione, della direzione o del consiglio consultivo ad accettare l'assunzione. La nozione di retribuzione anticipata non si riferisce invece al genere di retribuzione ma al momento del versamento. Il divieto di versare retribuzioni anticipate fa sì che la società possa versare retribuzioni soltanto dopo che il loro beneficiario abbia fornito una prestazione. Ciò corrisponde alla pratica del diritto del lavoro secondo cui i lavoratori sono tenuti a fornire dapprima la loro prestazione conformemente all'articolo 323 capoverso 1 CO³⁵.

³² Cfr. HANS-UELI VOGT/MANUEL BASCHUNG, *Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative "gegen die Abzockerei"?*, GesKR 1/2013, pag. 27 seg.

³³ Cfr. per esempio la mozione 13.3202 VISCHER del 21 marzo 2013, attuazione dell'iniziativa Minder.

³⁴ Cfr. LUKAS GLANZMANN, *Die "Abzockerei-Initiative" und ihre Folgen, Eine Annäherung an Art. 95 Abs. 3 BV*, GesKR Online-Beitrag 1/2013, pag. 5 seg.

³⁵ Cfr. MANFRED REHBINDER, *Berner Kommentar, VI 2/2/1*, Berna 1985, Art. 323 OR N 7; RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^a ed., Berna 2008, pag. 190.

Per sancire un esplicito divieto dei premi d'assunzione manca il fondamento costituzionale (p. es. indennità per il comprovato danno che una persona subisce in seguito al cambiamento di posto di lavoro). Quando procederà all'attuazione dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. nell'ambito di una legge in senso formale, il Parlamento dovrà decidere se vietare in parte o in tutto anche i premi d'assunzione (autentici premi d'assunzione, premi di benvenuto e/o indennità per compensare gli svantaggi finanziari derivanti dalla risoluzione del precedente contratto di lavoro).

Naturalmente anche i premi d'assunzione devono essere dichiarati nella relazione sulle retribuzioni e approvati dall'assemblea generale.

3.9.4 Provvigioni per ristrutturazioni

Secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost., i membri degli organi non ricevono «premi per acquisizioni e vendite di ditte». Questa prescrizione formulata in modo aperto e non rispettoso dei dettami della tecnica giuridica è attuata come segue dall'articolo 20 numero 3:

Le provvigioni ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo per l'acquisizione e il trasferimento di imprese o di parti d'impresa sono vietate. La fattispecie è stata formulata in modo aperto di proposito. Essa non comprende soltanto le fusioni, le scissioni e i trasferimenti di patrimoni secondo la legge sulla fusione³⁶, ma anche le operazioni assimilabili a tali processi come le quasi fusioni e le fusioni improprie³⁷.

La nozione di provvigione, che si ispira al diritto del lavoro (art. 322b CO), sottolinea che i membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo non ricevono indennità specifiche per singole ristrutturazioni. Tuttavia il comitato delle retribuzioni può senz'altro tenere conto, per la determinazione della retribuzione variabile, delle prestazioni fornite nell'ambito delle ristrutturazioni dai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo.

3.9.5 Retribuzioni senza (sufficienti) fondamenti statuari

Diversamente dai generi di retribuzione di cui all'articolo 20 numeri 1-3, vietati senza alcuna eccezione, le retribuzioni citate nei numeri 4 e 5 sono vietate soltanto se non soddisfano le prescrizioni dello statuto o manca completamente un apposito fondamento statutario (cfr. art. 12 cpv. 2 n. 1-3).

³⁶ Legge federale del 3 ottobre 2003 sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio (Legge sulla fusione, LFus, RS 221.301).

³⁷ Cfr. LUKAS GLANZMANN, *Umstrukturierungen*, 2^a ed., Berna 2008, N 60 segg.

3.9.6 Retribuzioni vietate nel gruppo

L'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost. prevede che i membri dei vari organi non ricevano contratti supplementari di consulenza o di lavoro da parte di società del gruppo.

Il senso e lo scopo di questa disposizione costituzionale non è di vietare ai membri dei vari organi la conclusione di contratti con altre società del gruppo (p. es. mandati o contratti di lavoro), poiché un simile divieto complicherebbe eccessivamente i compiti di controllo e di direzione di un gruppo. L'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost. vuole piuttosto impedire che le parti delle retribuzioni dei membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo, versate da altre imprese del gruppo, non vengano dichiarate, oppure che le medesime attività siano remunerate più volte. In assenza di una dichiarazione nella relazione sulle retribuzioni potrebbe inoltre essere elusa la competenza dell'assemblea generale di approvare le retribuzioni (art. 18 e 19).

L'articolo 21 prevede pertanto che le retribuzioni dei membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo per le attività da loro svolte presso imprese controllate direttamente o indirettamente dalla società siano ammesse solamente a determinate condizioni. Queste retribuzioni devono in particolare essere conformi alla presente ordinanza e alle prescrizioni statutarie e sottoposte inoltre all'approvazione dell'assemblea generale. L'obbligo di trasparenza quanto a tali retribuzioni risulta già dalla formulazione dell'articolo 14 capoverso 1 («corrisposto ... indirettamente»).

La nozione del controllo e dell'impresa è ripresa dalle disposizioni sul conto di gruppo in vigore dal 1° gennaio 2013 (art. 963 cpv. 1 e 2 CO)³⁸.

Naturalmente non è possibile corrispondere ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo retribuzioni vietate dall'articolo 20 (p. es. retribuzioni anticipate o provvigioni per l'acquisizione o il trasferimento di imprese o di parti d'impresa) ricorrendo alle retribuzioni permesse a determinate condizioni in seno al gruppo di cui all'articolo 21.

3.10 **Obbligo di voto e obbligo di trasparenza degli istituti di previdenza (art. 22 e 23)**

3.10.1 Osservazioni liminari

Gli istituti di previdenza svizzeri amministrano un patrimonio superiore a 600 miliardi di fran-

³⁸ Messaggio del 21 dic. 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, 1450 seg. in relazione con 1425. Cfr. sulla nozione di impresa non più espressamente definita nella legge: FLORIAN ZIHLER, *Die Konzernrechnung gemäss zukünftigem Rechnungslegungsrecht*, ST 5/2012, pag. 285.

chi e detengono circa il 10 per cento delle azioni quotate in borsa in Svizzera. Essendo importanti investitori istituzionali svolgono un ruolo fondamentale visti i diritti degli azionisti che esercitano. Spesso tuttavia assumono un ruolo passivo e non esercitano i loro diritti di voto né gli altri diritti degli azionisti.

L'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. prevede nuovi obblighi di voto e di trasparenza che gli istituti devono esercitare nell'interesse degli assicurati. L'organo superiore di un istituto che non esercita il diritto di voto nell'interesse degli assicurati deve risponderne sui piani penale e civile. La deliberazione dell'assemblea generale non può tuttavia essere contestata secondo gli articoli 706 e 707 CO soltanto per questo motivo.

3.10.2 Obbligo di voto

Secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. «le casse pensioni votano nell'interesse dei loro assicurati». Già oggi l'articolo 49a capoverso 2 lettera b OPP 2³⁹ prevede che l'organo superiore dell'istituto di previdenza debba adottare le regole da applicare per l'esercizio dei diritti degli azionisti.

Questa formulazione aperta, tuttavia, va precisata per quanto concerne l'esercizio del diritto di voto, poiché la Costituzione federale prevede un obbligo di voto. Manca invece il fondamento costituzionale per precisare gli altri diritti degli azionisti.

Gli istituti di previdenza assoggettati alla legge federale del 17 dicembre 1993⁴⁰ sul libero passaggio nella previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (legge sul libero passaggio, LFLP) sottostanno, secondo l'articolo 22 capoverso 1, all'obbligo di voto che riguarda tutte le azioni quotate in borsa e detenute dall'istituto (art. 1 cpv. 1). Di conseguenza, per poter esercitare il diritto di voto connesso con le azioni quotate in borsa, l'istituto ha l'obbligo di farsi iscrivere nel libro delle azioni della società.

L'obbligo di votare riguarda tutti gli oggetti all'ordine del giorno trattati dall'assemblea generale (rapporto di gestione, conto annuale, concessione del discarico, impiego dell'utile, elezioni del consiglio d'amministrazione, elezione dell'ufficio di revisione, voti sulle retribuzioni ecc.).

L'istituto soggiace all'obbligo del voto soltanto per le azioni che detiene direttamente, vale a dire per le azioni di cui è il diretto proprietario. Se detiene partecipazioni in una fondazione d'investimento o in un fondo d'investimento, l'istituto non è proprietario delle azioni né dispone del relativo diritto di voto ai sensi della presente ordinanza.

Secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. e l'articolo 22 capoverso 2, gli istituti di previdenza «votano nell'interesse dei loro assicurati». Concretamente, il significato di questa disposizione non può essere definita in modo generale e astratto nemmeno in casi relativa-

³⁹ Ordinanza del 18 aprile 1994 sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (OPP 2, RS 831.441.1).

⁴⁰ RS 831.42

mente semplici (p. es. dividendi elevati o autofinanziamento a lungo termine della società anonima; scarico o meno di alcuni membri del consiglio d'amministrazione; elezione o meno di determinate persone in seno al consiglio d'amministrazione; esercizio o meno del diritto d'opzione in caso di aumento del capitale; rimborso degli apporti di capitale o finanziamento durevole della società mediante il capitale proprio).

La situazione giuridica è ancora più difficile se i fatti sono complessi, come per esempio nel seguente caso: un istituto di previdenza detiene azioni della Datore di lavoro SA che è acquistata da una società d'investimento. L'acquisizione ha un effetto positivo sul corso delle azioni della Datore di lavoro SA e quindi anche per il patrimonio dell'istituto di previdenza. L'acquisizione potrebbe però anche portare a ristrutturazioni e licenziamenti che a loro volta potrebbero provocare una liquidazione parziale dell'istituto di previdenza, la distribuzione di fondi liberi o la richiesta di importi mancanti in caso di copertura insufficiente. In questi e altri casi complessi non è possibile stabilire preventivamente e in modo generale e astratto quale sia l'interesse degli assicurati⁴¹.

Secondo l'articolo 22 capoverso 3, gli istituti possono astenersi dal voto o rinunciare a votare se ciò corrisponde all'interesse degli assicurati. L'istituto può per esempio astenersi dal voto su oggetti che non ha motivi importanti per approvare o rifiutare. Se la mole di lavoro da affrontare limita le capacità dell'amministrazione dell'istituto, senza che ciò sia manifestamente dovuto a carenze nella sua organizzazione, si possono stabilire delle priorità quanto al trattamento degli inviti alle assemblee generali e ai relativi ordini del giorno, o quanto alla partecipazione o no alle assemblee generali. Queste priorità devono essere stabilite rispettando criteri oggettivi, per esempio la portata economica di un oggetto per gli interessi degli assicurati o l'importanza finanziaria delle azioni detenute dall'istituto.

Secondo l'articolo 22 capoverso 4 e la prassi attuale, l'organo superiore dell'istituto deve stabilire in un regolamento i principi cui l'istituto deve attenersi per esercitare il diritto di voto nell'interesse dell'assicurato. L'articolo 49a capoverso 2 lettera b dell'ordinanza del 18 aprile 1984⁴² sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (OPP 2) si applica per analogia. A tal fine occorre tra l'altro prestare attenzione al fatto che la distribuzione dell'utile dell'impresa agli azionisti avvenga in modo corretto e all'adeguato, di modo che l'istituto di previdenza possa impiegare queste liquidità a favore degli assicurati e delle persone cui versa una rendita.

3.10.3 Obbligo di trasparenza

L'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. chiede alle casse pensioni di rendere pubblico il loro voto. L'articolo 23 attua questo obbligo di trasparenza.

⁴¹ Cfr sulla definizione/ponderazione degli interesse: HANS-UELI VOGT/MANUEL BASCHUNG, *Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative "gegen die Abzockerei"?*, pag. 25.

⁴² RS 831.411.1

Il diritto di voto va esercitato nell'interesse degli assicurati (art. 22) nei cui confronti l'istituto ha un obbligo di trasparenza. L'articolo 86b LPP⁴³ impone già agli istituti di previdenza determinati obblighi d'informazione nei confronti degli assicurati.

Gli istituti di previdenza devono riferire almeno una volta all'anno in una relazione riassuntiva e non vengono così gravati da un onere eccessivo. Il voto può essere reso noto, insieme alla presentazione del conto annuale, sulla pagina internet dell'istituto o in un altro modo adeguato. Sede particolarmente adeguata per rendere trasparente il voto è l'allegato del conto annuale che viene esaminato dall'ufficio di revisione e garantisce una certa continuità per quanto concerne il luogo e il genere della dichiarazione.

L'obbligo di trasparenza va adempiuto al più tardi entro l'anno civile che segue l'assemblea generale (p. es. al più tardi a fine 2016 per l'assemblea generale tenutasi nel maggio 2015).

È ammesso riferire sui voti con maggiore frequenza o in modo più dettagliato. La presente ordinanza prevede soltanto prescrizioni minime.

3.11 Disposizioni penali (art. 24 e 25)

3.11.1 Principio di determinatezza

Occorre innanzitutto verificare se la disposizione penale sancita dall'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost. è sufficientemente determinata da permettere alle autorità penali (pubblico ministero, giudici penali) di farne applicazione diretta. L'applicabilità diretta della disposizione costituzionale renderebbe superflue le disposizioni d'applicazione di diritto penale, in altri termini le autorità penali potrebbero emanare sentenze penali applicando direttamente l'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost. Se invece si approda alla conclusione che la presente disposizione penale non è direttamente applicabile, incombe al Consiglio federale emanare in un'ordinanza le necessarie disposizioni esecutive in base all'articolo 197 numero 10 Cost.

Il principio di determinatezza (art. 7 n. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, CEDU⁴⁴, art. 1 CP) risulta dal principio della legalità (art. 5 cpv. 1 Cost.) ed esige che la fattispecie e la conseguenza giuridica di una norma penale, a prescindere dal rango di quest'ultima, siano definite con precisione sufficiente da permettere di orientare il proprio comportamento di conseguenza⁴⁵. Le esigenze in materia di determinatezza dipendono tra le altre cose dalla complessità della materia da regolamentare e della pena comminata⁴⁶.

⁴³ Legge federale del 25 giugno 1982 sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (LPP), RS **831.4**.

⁴⁴ Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU, RS **0.101**).

⁴⁵ Sull'applicabilità diretta delle disposizioni costituzionali, cfr. la sentenza del Tribunale federale del 12 ott. 2012, 2C_828/2011, consid. 4.3.2.

⁴⁶ Sentenza del Tribunale federale del 17 nov. 2011 6B_345/2011, consid. 4.1.

L'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost. punisce in modo vago le violazioni delle disposizioni del diritto della società anonima. Non sono soltanto le fattispecie a essere imprecise, lo sono anche le conseguenze giuridiche. Per quanto concerne le fattispecie non sono precisati con sufficiente chiarezza i possibili autori dei reati. Così le casse pensioni devono votare nell'interesse dei loro assicurati e rendere pubblico il loro voto (art. 95 cpv. 3 lett. a Cost.); se non lo fanno, la cassa pensioni deve essere punita come persona giuridica (punibilità dell'impresa) o devono esserne puniti gli organi (persone fisiche)? Per quanto concerne le conseguenze giuridiche va chiarita da un lato la nozione di «retribuzioni annuali», dall'altro la nozione di «pena pecuniaria», ossia occorre precisare se l'espressione sia intesa conformemente all'articolo 34 CP o in senso generico e comprenda la pena pecuniaria e la multa.

Queste ambiguità permettono di concludere che l'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost. non soddisfa i requisiti del principio di determinatezza. Anche il riferimento al legislatore nella frase introduttiva dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. rafforza la presunzione che la norma non sia direttamente applicabile⁴⁷. Di conseguenza, il Consiglio federale deve emanare le necessarie disposizioni esecutive anche in ambito penale fondandosi sull'articolo 197 numero 10 Cost.⁴⁸.

3.11.2 Rango della norma

Oltre alla pena pecuniaria, le infrazioni sono punite con una pena detentiva fino a tre anni. Una pena detentiva sino a tre anni costituisce una grave lesione della libertà personale (art. 10 cpv. 2 Cost.) dell'interessato. Le lesioni gravi dei diritti fondamentali devono avere una base legale in una legge in senso formale (art. 36 cpv. 1 Cost.). Per le altre pene (p. es. le multe) è invece sufficiente un'ordinanza che si mantenga nell'alveo della legge e della Costituzione⁴⁹.

I reati (nei loro tratti fondamentali) e le comminatorie di pena sono già definiti nella Costituzione e di conseguenza hanno già una legittimità democratica sufficiente. Inoltre, il Consiglio federale è esplicitamente tenuto a norma dell'articolo 197 numero 10 Cost. ad emanare disposizioni esecutive che abbiano effetto fino all'adozione di una legge attuativa dell'articolo 95 capoverso 3 Cost., il che dà una certa legittimità democratica anche a tali disposizioni. Pertanto, in questo caso la base legale è ritenuta sufficiente.

⁴⁷ «Per tutelare l'economia, [...] *la legge disciplina* [...] secondo i seguenti principi:»

⁴⁸ Altrimenti l'art. 95 cpv. 3 lett. d Cost. potrebbe restare lettera morta. Se un giudice penale pronunciasse una condanna applicando direttamente la disposizione costituzionale perché mancano disposizioni esecutive e il Tribunale federale, nell'ambito di un ricorso di diritto penale, dovesse giungere alla conclusione che la norma non è direttamente applicabile, quest'ultima non verrebbe più applicata dalle autorità penali.

⁴⁹ DTF 124 IV 23, consid. 1.

3.11.3 Principi interpretativi

Per interpretare il testo di un'iniziativa popolare occorre in linea di massima fondarsi sul suo tenore e non sulle intenzioni degli autori. Si può eventualmente considerare la motivazione della volontà popolare e le opinioni degli autori dell'iniziativa⁵⁰. Anche se si può tener conto delle circostanze che hanno portato al deposito dell'iniziativa, il testo è interpretato secondo le regole pertinenti riconosciute⁵¹.

Una particolarità dell'interpretazione della Costituzione consiste nella formulazione aperta delle sue norme. Così, i mandati legislativi conferite dalle norme che attribuiscono compiti allo Stato sono spesso relativamente indeterminati ed esprimono unicamente un primo consenso sulla necessità, sul campo e sullo scopo di un dato compito statale. Frequentemente si tratta di concretizzare queste norme piuttosto che interpretarle.

Inoltre, fintanto che il costituente non stabilisce una chiara gerarchia delle norme costituzionali, vale il principio della loro equivalenza⁵². L'attuazione delle nuove norme costituzionali dipende sostanzialmente dall'importanza accordata all'«interpretazione aemonizzante»⁵³ (o alla creazione di una concordanza pratica) oltre agli elementi interpretativi generali; in questo caso il legislatore deve prestare attenzione a tutte le esigenze costituzionali in rapporto all'oggetto trattato. L'interpretazione delle norme costituzionali deve evitare per quanto possibile contraddizioni nella Costituzione.

3.11.4 Principio della proporzionalità

Il principio della proporzionalità ha un ruolo importante nell'interpretazione delle norme costituzionali. La Costituzione federale lo sancisce esplicitamente all'articolo 5 capoverso 2 come principio dello Stato di diritto e nell'articolo 36 capoverso 3 come condizione per limitare i diritti fondamentali. Il principio della proporzionalità dell'attività statale è un concetto che informa l'intero ordine giuridico. Nel diritto penale, il principio va osservato in particolare quando è pronunciata una misura, mentre, quando è irrogata una pena, è espresso nel principio della colpevolezza.

D'accordo con la dottrina, il Tribunale federale considera il principio della proporzionalità un

⁵⁰ La relazione tra il diritto internazionale e il diritto nazionale. Rapporto del Consiglio federale del 5 mar. 2010 in adempimento dei postulati 07.3764 della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati del 16 ott. 2007 e 08.3765 della Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale del 20 nov. 2008, FF **2010** 2015, n. 8.7.1.2.

⁵¹ Cfr. in proposito HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, *Schweiz. Bundesstaatsrecht*, 8^a ed., 2012, N 130.

⁵² TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweiz. Eidgenossenschaft*, 3^a ed., 2011, § 4 N 13, § 9 N 5; MÜLLER JÖRG PAUL, *Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?*, in: Jusletter 01.03.2010, N 7; cfr. anche DTF **105** la 330 consid. 3c; sentenza del Tribunale federale 2C_828/2011 del 12 ott. 2012, consid. 4.2.1.

⁵³ RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, *Schweiz. Verfassungsrecht*, 2^a ed., 2009, N 524, 529; HANGARTNER YVO, *Unklarheiten bei Volksinitiativen. Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsiniative)*, in: AJP 2011, pag. 473; sentenza del Tribunale federale 2C_828/2011 del 12 ott. 2012, consid. 4.2.2.

principio fondamentale che svolge un ruolo determinante in ogni settore del diritto pubblico, governa l'intero diritto amministrativo e vale sia per l'applicazione del diritto sia per l'attività legislativa⁵⁴. La dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo anche sulla funzione del principio della proporzionalità che serve a proteggere i cittadini contro le ingerenze eccessive dello Stato⁵⁵. Poiché guida l'insieme delle attività dello Stato, il principio si applica anche all'interpretazione della Costituzione (nell'ambito dell'interpretazione armonizzante).

3.11.5 Pena comminata nell'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost.

Secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost. «l'infrazione delle disposizioni di cui alle lettere a–c è punita con la pena detentiva fino a tre anni e con la pena pecuniaria fino a sei retribuzioni annuali».

La pena detentiva sino a tre anni indica che si tratta di un delitto (art. 10 cpv. 3 CP).

Occorre precisare se la medesima pena debba applicarsi a ogni reato disciplinato nella presente ordinanza oppure se il testo costituzionale permetta per esempio di punire alcune fattispecie soltanto con la pena pecuniaria o di qualificarne alcune come contravvenzioni (con la corrispondente mitigazione della pena).

La questione è importante per il seguente motivo: il principio della proporzionalità (principio della colpevolezza, cfr. sopra, n. 3.11.4) vuole che la pena comminata sia commisurata alla gravità dell'atto, vale a dire che sia proporzionata⁵⁶. Le pene comminate vanno commisurate alla gravità della lesione dei beni giuridici e armonizzate con le norme penali vigenti⁵⁷.

Non tutti i comportamenti sanzionati dall'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost. presentano lo stesso grado di illiceità, ci si può pertanto interrogare sulla proporzionalità di comminare una pena della medesima entità per esempio per una violazione dell'obbligo di trasparenza delle casse pensioni (art. 95 cpv. 3 lett. a Cost.) e per la percezione di una retribuzione vietata di importo milionario da parte del membro di un organo (art. 95 cpv. 3 lett. b Cost.). Per un reato con un grado di illiceità minimo dovrebbe quindi essere prevista una sanzione più mite.

Le comminatorie penali degli articoli 24 e 25 sono diverse per motivi di proporzionalità: l'articolo 24 riprende la comminatoria penale della Costituzione mentre l'articolo 25 propone una comminatoria più mite («pena pecuniaria fino a 180 aliquote giornaliere»). La nuova disposizione costituzionale si prefigge in particolare – come risulta anche dal titolo dell'iniziativa popolare – di evitare le retribuzioni eccessive nelle società anonime e di consolidare i diritti sociali degli azionisti. I reati contro le prescrizioni pertinenti sono sanzionati in

⁵⁴ DTF **96** I 234 consid. 5

⁵⁵ DTF **102** la 234 consid. 5c. cfr. anche messaggio concernente la revisione della Costituzione federale del 20 nov. 1996, FF **1997** I 131.

⁵⁶ DTF **123** IV 29 consid. 4c.

⁵⁷ Cfr. al riguardo anche il rapporto esplicativo della legge federale sull'armonizzazione delle pene nel Codice penale, nel Codice penale militare e nel diritto penale accessorio, n. 1.4, consultabile all'indirizzo Internet: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmenharmonisierung/vn-ber-i.pdf>.

modo più severo in base all'articolo 24. I reati commessi nell'ambito degli istituti di previdenza sono invece meno gravi perché non permettono al loro autore di arricchirsi. Questo fatto giustifica una pena più mite. Inoltre la comminatoria della «pena pecuniaria fino a sei retribuzioni annuali» ha poco senso in questo ambito, poiché i membri dell'organo superiore non ricevono a volte alcun compenso pecuniario per questa attività in quanto il loro datore di lavoro li libera affinché possano esercitarla nell'ambito del rapporto di lavoro. La pena proposta nell'articolo 25 corrisponde a quella dell'articolo 76 LPP.

Sull'attuazione della comminatoria penale nel caso concreto si rimanda al numero 3.11.11.

3.11.6 Reati perseguiti d'ufficio o su querela?

La Costituzione federale non specifica se questi reati debbano essere perseguiti d'ufficio o su querela.

Nel diritto penale svizzero, la maggior parte dei reati sono perseguiti d'ufficio. I delitti perseguiti su querela sono invece perseguiti penalmente soltanto se il querelante ha presentato una corrispondente dichiarazione di volontà.

Secondo la dottrina dominante, il legislatore rende perseguibile su querela un determinato reato per uno o più dei seguenti motivi: a) a causa del suo grado di illiceità minimo; b) perché spesso il procedimento penale compromette fortemente la sfera della personalità della parte lesa; c) perché il perseguimento penale potrebbe pregiudicare eventuali stretti rapporti personali tra la vittima e l'autore⁵⁸. Di regola il reato lede direttamente i diritti del querelante.

Poiché le infrazioni considerate nel presente ambito riguardano innanzitutto i diritti sociali e gli interessi patrimoniali degli azionisti (art. 24), come anche il diritto alla trasparenza e gli interessi patrimoniali degli assicurati degli istituti di previdenza (art. 25), e di conseguenza gli interessi individuali degli azionisti e degli assicurati medesimi, questi reati dovrebbero essere perseguiti su querela. Anche i principi di diritto privato e di economia privata, che caratterizzano il diritto della società anonima, fanno propendere per questa soluzione. È invece dubbio che siano direttamente lesi gli interessi patrimoniali degli azionisti e degli assicurati o che sia in gioco un interesse giuridicamente protetto. Infatti, in caso di amministrazione infedele (art. 158 CP) ai danni di una società anonima, la qualità di parte lesa spetta soltanto a quest'ultima ma non agli azionisti⁵⁹.

Inoltre rendendo il reato perseguibile su querela si corre il rischio che l'imputato e il querelante pervengano a una conciliazione con il conseguente abbandono del procedimento (art. 316 CPP). L'imputato che dispone di importanti risorse finanziarie può praticamente comprare la propria impunità, il che non va nel senso della nuova disposizione costituzionale. L'impunità o l'abbandono del procedimento secondo l'articolo 53 CP è pure possibile per i

⁵⁸ CHRISTOF RIEDO, *Basler Kommentar Strafrecht I*, 2^a ed., 2007, Vor Art. 30, N 9, con ulteriori riferimenti.

⁵⁹ M. A. NIGGLI, *Basler Kommentar Strafrecht II*, 2^a ed. 2007, Art. 158, N 151.

reati perseguiti d'ufficio ma a condizioni più severe.

Di regola i reati perseguiti d'ufficio sono lesioni relativamente gravi di beni giuridici (p. es. le lesioni gravi, la violenza carnale ecc.). I reati considerati nel presente contesto sono in parte infrazioni con un grado d'illiceità minimo (p. es. impedire agli azionisti di dare istruzioni e procure per via elettronica al rappresentante indipendente, art. 24 cpv. 1 n. 8), in parte infrazioni con un alto grado di illiceità (p. es. il versamento di una retribuzione vietata di importo milionario, art. 24 cpv. 1 n. 2). Vista la comminatoria penale proposta nell'articolo 24 – pronuncia imperativa di una pena detentiva fino a tre anni (cfr. sopra n. 3.11.5) – queste infrazioni non possono più essere considerate come reati di poco conto. Oltre agli interessi degli azionisti e degli assicurati viene danneggiata, o può esserlo, anche l'economia nazionale nel suo insieme⁶⁰. In questa ottica sussiste di conseguenza, almeno per una parte delle infrazioni, un interesse specifico al perseguimento penale, il che depone a favore del perseguimento d'ufficio di questi reati.

Tenuto conto di quanto precede, appare complessivamente appropriato perseguire questi reati d'ufficio.

3.11.7 Rapporto con la parte generale del Codice penale

Le disposizioni della Parte generale del Codice penale si applicano alla presente ordinanza sul fondamento dell'articolo 333 capoverso 1 CP. Salvo l'articolo 24 capoverso 2, che sospende l'articolo 34 capoverso 2 primo periodo CP (aliquota giornaliera massima), l'ordinanza non contiene disposizioni che derogano alla parte generale del CP e che prevalgano su di essa. Di conseguenza si applicano ad esempio le regole generali sulla commisurazione della pena, sul tentativo, sull'autore e sulla partecipazione a un reato speciale (vedi sotto, n. 3.11.9).

3.11.8 Confisca o ripristino della situazione legale

Secondo l'articolo 70 capoverso 1 CP, il giudice ordina la confisca dei valori patrimoniali che costituiscono il prodotto di un reato, oppure erano destinati a indurre una persona a commettere un reato o a ricompensare l'autore di un reato, a meno che debbano essere restituiti alla persona lesa allo scopo di ripristinare la situazione legale. Di conseguenza, la restituzione del bene alla parte lesa ha la priorità sulla confisca⁶¹. Ciò significa che, se la parte lesa è nota, i valori patrimoniali persi le sono direttamente consegnati, senza essere prima confiscati o assegnati al danneggiato secondo l'articolo 73 CP⁶². Nel presente contesto quanto precede è rilevante per i reati secondo l'articolo 24 (reati contro le prescrizioni in materia di retribuizio-

⁶⁰ Cfr. in proposito la frase introduttiva dell'art. 95 cpv. 3 Cost.: «Per tutelare l'economia [...]».

⁶¹ Sentenza del Tribunale federale del 18 apr. 2013 6B_491/2012, consid. 5.3.

⁶² FLORIAN BAUMANN, *Basler Kommentar Strafrecht I*, 2^a ed. 2007, Art. 70/71, N 42.

ni). Poiché in questi casi l'identità della parte lesa – la società anonima – è nota, non occorre procedere alla confisca. Le retribuzioni pagate illecitamente e sequestrate in base all'articolo 263 CPP possono essere direttamente consegnate alla società.

3.11.9 Punibilità del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo (art. 24)

Autore

Come rilevato al numero 3.11.1, una disposizione penale deve soddisfare i requisiti del principio di determinatezza. La frase introduttiva dell'articolo 24 capoverso 1 concretizza quindi l'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost. nel senso che sono punibili prima di tutto i membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo. Limitare la cerchia dei possibili autori a queste persone, fatti salvi i membri del consiglio consultivo la cui funzione è puramente consultiva, è giustificato poiché esse sono responsabili⁶³ della conduzione (al vertice) della società e dispongono di competenze decisionali (indipendenti).

Si tratta di reati speciali; poiché può esserne autore soltanto chi possiede personalmente le citate qualità⁶⁴. Le persone che non possiedono queste qualità particolari (p. es. l'ufficio di revisione, gli avvocati, i fiduciari ecc.) sono punibili soltanto se hanno agito come istigatori (art. 24 CP) o complici (art. 25 CP). La comminatoria penale è la medesima che per l'autore ma le pene irrogate in questi casi sono più miti (art. 26 CP).

Fattispecie di reato

Per concretizzare l'articolo 95 capoverso 3 lettere a–c Cost. devono essere dichiarate punibili le infrazioni di seguito descritte. Se l'infrazione da giudicare (risultato del reato) si fonda su una decisione collettiva (p. es. deliberazione del consiglio d'amministrazione di delegare la direzione della società a una persona giuridica), ogni membro deve essere giudicato in base al suo voto. Tenuto conto del principio dell'imputabilità del diritto penale, sarebbero punibili soltanto i membri del consiglio d'amministrazione che hanno sottoscritto siffatta decisione di maggioranza⁶⁵.

I primi due numeri della disposizione costituzionale disciplinano infrazioni contro le regole della società in materia di retribuzioni. Non dovrebbe essere punibile soltanto il membro che versa la retribuzione in questione ma anche quello che la percepisce⁶⁶. La punibilità dei due

⁶³ Queste persone possono p. es. essere chiamate a rispondere civilmente per i danni che causano alla società (art. 754 CO).

⁶⁴ GÜNTHER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht AT I*, 4^a ed., 2011, § 9 N 5.

⁶⁵ Cfr. sulle decisioni degli organi: ANDREAS EICKER, *Haftung für Dritte: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Führungspersonen in Unternehmen nach dem revidierten Allgemeinen Teil des StGB*, AJP 6/2010, pag. 683 segg.

⁶⁶ Cfr. art. 95 cpv. 3 lett. b Cost.: "[...] I membri dei vari organi non ricevono [...]."

membri si impone tenuto conto delle varie funzioni che spesso svolgono gli stessi membri degli organi dirigenti.

L'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. prescrive che l'assemblea generale voti annualmente gli importi complessivi delle retribuzioni dei membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo (art. 18 e 19). Il membro che, non ottemperando a queste prescrizioni, percepisce o versa retribuzioni, sulle quali l'assemblea generale non ha avuto modo di votare o che ha rifiutato di approvare, si rende punibile secondo il numero 1.

Secondo il numero 2, un membro è punibile se percepisce o versa una retribuzione vietata secondo l'articolo 20 o 21 (cfr. art. 95 cpv. 3 lett. b e c Cost.). Le indennità di partenza, le retribuzioni anticipate e le provvigioni per l'assunzione o il trasferimento di imprese o parti d'impresa sono in ogni caso e senza eccezioni retribuzioni vietate (art. 20 n. 1-3). Determinate retribuzioni sono vietate (p. es. mutui, crediti, rendite, ecc.) soltanto se non sono previste nello statuto o se vi sono previste ma sono state violate le prescrizioni pertinenti (art. 20 n. 4-5). In determinate circostanze sono vietate anche le retribuzioni che i membri versano o percepiscono per attività svolte presso altre imprese del gruppo (art. 21).

Secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera c Cost., lo statuto deve prevedere il numero delle attività che i membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo esercitano al di fuori delle società del gruppo (art. 12 n. 1). Se non rispetta questa disposizione statutaria, un membro si rende punibile secondo il numero 3.

L'articolo 95 capoverso 3 lettera b Cost. vieta di delegare la direzione della società a una persona giuridica (art. 6). Il mancato rispetto della presente prescrizione è punito secondo il numero 4.

La rappresentanza del diritto di voto da parte degli organi e per i titoli in deposito è vietata (art. 95 cpv. 3 lett. a Cost.). L'articolo 11 permette soltanto a rappresentanti indipendenti di esercitare la rappresentanza istituzionale del diritto di voto. I rappresentanti indipendenti sono eletti dall'assemblea generale (art. 8 cpv. 1). È per esempio punibile secondo il numero 5 il consiglio d'amministrazione che istituisce una rappresentanza da parte di un depositario o da parte di un membro di un organo della società o da parte di un rappresentante indipendente non eletto dall'assemblea generale.

I numeri 6-9 puniscono comportamenti che ostacolano gli azionisti nell'esercizio di determinati diritti sociali nell'ambito dell'assemblea generale.

L'assemblea generale elegge singolarmente ogni anno il presidente e i membri del consiglio d'amministrazione, i membri del comitato delle retribuzioni nonché il rappresentante indipendente (art. 95 cpv. 3 lett. a Cost., art. 2-4, 7 e 8). Se è il consiglio d'amministrazione a impedirlo, per esempio iscrivendo indebitamente determinati oggetti all'ordine del giorno (cfr. art. 700 cpv. 3 CO), esso è punibile secondo il numero 6.

Secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. l'assemblea generale vota annualmente gli

importi complessivi delle retribuzioni del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo (art. 18). Se l'assemblea generale ne è impedita, si applica il numero 7.

Il consiglio d'amministrazione garantisce che gli azionisti possano dare al rappresentante indipendente procure e istruzioni per via elettronica (art. 9). Impedire gli azionisti di farlo, per esempio non prendendo i provvedimenti necessari, è punibile secondo il numero 8 (art. 95 cpv. 3 lett. a Cost.⁶⁷).

Infine, i membri del consiglio d'amministrazione o della direzione possono essere punibili secondo il numero 9 se impediscono all'assemblea generale (p. es. non presentando la proposta necessaria) di pronunciarsi sulle disposizioni statutarie imperativamente necessarie ai sensi dell'articolo 12 capoverso 1 (art. 95 cpv. 3 lett. c Cost.).

Intenzione

Le infrazioni secondo i numeri 1–9 sono punibili soltanto se sono commesse in modo intenzionale, vale a dire con coscienza e volontà (art. 12 cpv. 2 CP). Le infrazioni commesse per negligenza non sono punibili (art. 12 cpv. 1 CP): tenuto conto del grado di illiceità minimo di una parte di questi reati, punirle sarebbe sproporzionato.

3.11.10 Punibilità nell'ambito degli istituti di previdenza

Secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera a Cost. le casse pensioni votano nell'interesse dei loro assicurati e rendono pubblico il loro voto. Queste prescrizioni sono precisate dagli articoli 22 e 23. Nell'articolo 25 sono citati come autori possibili di questi reati le persone incaricate della direzione o i membri dell'organo superiore (p. es. membri del consiglio di fondazione) di un istituto di previdenza assoggettato alla legge sul libero passaggio⁶⁸. Come per l'articolo 24, anche in questo ambito sono considerati autori soltanto persone che dispongono di una certa competenza decisionale. La partecipazione al reato di persone sprovviste di queste caratteristiche può essere punita come istigazione o complicità (cfr. sopra, n. 3.11.9).

Gli atti punibili secondo gli articoli 22 e 23 sono il mancato esercizio del diritto di voto (art. 22 cpv. 1), a meno che l'astensione dal voto o la rinuncia al voto sia nell'interesse degli assicurati (art. 22 cpv. 3), il voto contrario all'interesse degli assicurati o contrario ai principi sanciti nel regolamento (art. 22 cpv. 2 e 4) nonché la mancata indicazione nel regolamento di come stabilire l'interesse degli assicurati (art. 22 cpv. 4). Inoltre si rende punibile chi omette di presentare annualmente una relazione sull'esercizio del diritto di voto (art. 23). Anche questi atti sono punibili soltanto se l'autore ha agito in modo intenzionale; la negligenza non è sufficiente.

⁶⁷ Riguardo alle procure e istruzioni date per via elettronica cfr. il commento all'articolo 9 (n. 3.5.3).

⁶⁸ Legge federale del 17 dicembre 1993 sul libero passaggio nella previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (legge sul libero passaggio, LFLP, RS **831.42**).

3.11.11 Le comminatorie penali degli articoli 24 e 25

Secondo l'articolo 95 capoverso 3 lettera d Cost., le infrazioni contro le lettere a-c sono punite con la pena detentiva fino a tre anni e con una pena pecuniaria fino a sei retribuzioni annuali.

Va precisato cosa si intende per «pena pecuniaria» e per «retribuzioni annuali» e come questa comminatoria penale si inserisce nell'attuale sistema del Codice penale. Come spiegato al numero 3.11.5, negli articoli 24 e 25 non è prevista la medesima pena.

Nozione di pena pecuniaria

Occorre chiarire se il testo costituzionale preveda una «pena pecuniaria» secondo l'articolo 34 CP o se usa la nozione in senso generico semplicemente per sottolineare che oltre alla pena detentiva va imperativamente pronunciata anche una sanzione pecuniaria, ossia una pena pecuniaria (art. 34 CP) in senso proprio o una multa (art. 106 CP).

La pena pecuniaria di cui all'articolo 34 CP è entrata in vigore il 1° gennaio 2007. L'iniziativa popolare contro le «retribuzioni abusive» è stata però lanciata un anno prima, nel 2006⁶⁹. La nozione di «pena pecuniaria» può pertanto essere intesa piuttosto in senso generico.

Di conseguenza, come poc'anzi rilevato, vi sono due possibilità di interpretare la comminatoria penale del testo costituzionale.

Pena detentiva e pena pecuniaria obbligatoria

La stragrande maggioranza delle fattispecie penali del CP prevede una pena detentiva (con o senza limite massimo) o una pena pecuniaria. Alcune fattispecie del CP prevedono comunque che, oltre alla pena detentiva, il giudice debba imperativamente irrogare una pena pecuniaria: per esempio l'articolo 135 capoverso 3 CP (rappresentazione di atti di cruda violenza), l'articolo 182 capoverso 3 CP (tratta di esseri umani), l'articolo 197 numero 4 CP (pornografia), l'articolo 226^{ter} CP (atti preparatori punibili), l'articolo 229 capoverso 1 CP (violazione delle regole dell'arte edilizia) o dell'articolo 305^{bis} numero 2 CP (riciclaggio di denaro). Contrariamente all'articolo 42 capoverso 4 CP, in questi casi deve imperativamente essere inflitta anche una pena pecuniaria in aggiunta a una pena detentiva senza la condizionale o con la condizionale parziale⁷⁰. Se sussistono le condizioni necessarie, queste sanzioni (pena detentiva e pena pecuniaria) possono essere irrogate con la condizionale o con la condizio-

⁶⁹ vedi: <http://www.admin.ch/ch/i/pore/vi/vis348.html>.

⁷⁰ Cfr. BRIGITTE TAG/MAX HAURI (ed.), *Das revidierte StGB Allgemeiner Teil*, 2006, pag. 85 seg.

nale parziale (art. 42 segg. CP).

Prima di spiegare il sistema della pena pecuniaria, occorre rilevare che la revisione del sistema di sanzioni è attualmente in corso⁷¹. Il Consiglio federale ha tra l'altro proposto di sopprimere la pena pecuniaria con la condizionale e di ridurre da 360 a 180 il numero massimo delle aliquote giornaliere. Le osservazioni in appresso riguardano tuttavia il diritto vigente.

La pena pecuniaria si applica come sanzione dal 1° gennaio 2007 e, per quanto concerne crimini e delitti, sostituisce la multa come sanzione pecuniaria⁷².

La pena pecuniaria è calcolata secondo l'articolo 34 CP, applicando il sistema delle aliquote giornaliere. Il calcolo è eseguito in due tappe: dapprima il giudice determina il *numero* delle aliquote giornaliere in base alla *colpa* dell'autore. Se la legge non dispone altrimenti⁷³, la pena pecuniaria ammonta al massimo a 360 aliquote giornaliere (art. 34 cpv. 1 CP). Un secondo passo consiste nel calcolare l'*importo* dell'aliquota giornaliera che va definito in base alle circostanze personali e alla situazione economica dell'autore al momento della sentenza. L'aliquota giornaliera non può superare i 3000 franchi (art. 34 cpv. 2 CP)⁷⁴. Il numero e l'importo delle aliquote giornaliere devono essere stabiliti nella sentenza (art. 34 cpv. 4 CP). L'effettiva pena pecuniaria si ottiene di conseguenza moltiplicando l'importo dell'aliquota giornaliera per il numero di aliquote irrogate. Se la pena pecuniaria non è pagata, si applica una pena detentiva sostitutiva: un'aliquota giornaliera corrisponde a un giorno di pena detentiva (art. 36 cpv. 1 CP). Nella maggior parte dei casi il massimo della pena detentiva sostitutiva è una pena detentiva di appena un anno.

Pena detentiva e multa obbligatoria

Dall'entrata in vigore della pena pecuniaria, la multa serve innanzitutto come sanzione pecuniaria per le contravvenzioni (art. 103 CP). La combinazione della pena detentiva e della multa obbligatoria per crimini e delitti non è di conseguenza prevista dal diritto materiale. Secondo l'articolo 42 capoverso 4 CP, il giudice può tuttavia pronunciare anche una pena detentiva con la condizionale (o una pena pecuniaria) unitamente a una multa senza la condizionale⁷⁵.

La multa, diversamente dalla pena pecuniaria, è calcolata secondo il sistema della somma di

⁷¹ Lo stato della revisione è consultabile all'indirizzo Internet:
http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/it/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_sanktionensystem.html.

⁷² Cfr. messaggio del 21 sett. 1998 concernente la modifica del Codice penale svizzero (Disposizioni generali, introduzione e applicazione della legge) e del Codice penale militare nonché una legge federale sul diritto penale minorile, FF **1999** 1669, qui 1703.

⁷³ P. es. art. 305^{bis} n. 2 CP (riciclaggio di denaro): per questo reato sono comminate al massimo 500 aliquote giornaliere.

⁷⁴ Se la legge non prevede un numero diverso di aliquote giornaliere, la pena pecuniaria massima capitalizzata ammonta a 1,08 milioni di franchi.

⁷⁵ Le regole sull'esecuzione con la condizionale o con la condizionale parziale non si applicano alle multe (art. 105 cpv. 1 CP).

denaro. La legge prevede che la multa sia commisurata alla capacità finanziaria dell'autore e alla sua colpa (art. 106 cpv. 3 CP). Tuttavia, per motivi pratici, le multe sono sovente pronunciate secondo una tariffa standard, segnatamente nell'ambito della delinquenza di massa (infrazioni di poco conto). Diversamente da quanto avviene nel sistema delle aliquote giornaliere utilizzato per la pena pecuniaria, il grado di colpevolezza dell'autore non appare nel sistema della somma di denaro.

Il giudice deve stabilire nella sentenza l'importo di un'eventuale pena detentiva sostitutiva che può avere una durata massima di tre mesi secondo l'articolo 106 capoverso 2 CP.

Soluzione proposta nell'articolo 24: pena detentiva e pena pecuniaria obbligatoria

Poiché l'attuale Codice penale non prevede più la combinazione della pena detentiva e della multa per i crimini e i delitti, l'articolo 24 dell'avamprogetto prevede che la pena detentiva debba essere combinata con una pena pecuniaria obbligatoria ai sensi dell'articolo 34 CP e non con una multa ai sensi dell'articolo 103 CP. Questa soluzione permette di mantenere la coerenza del diritto penale. Inoltre, il sistema delle aliquote giornaliere, applicato alla pena pecuniaria, tiene conto della colpa e della capacità economica dell'autore in modo più adeguato di quanto fa il sistema della somma di denaro adottato per il calcolo della multa. Infine il diritto vigente permette di irrogare pene pecuniarie condizionali o parzialmente condizionali, la qual cosa non è possibile per le multe.

La pena detentiva e la pena pecuniaria devono comunque essere pronunciate dal giudice, in modo tale da essere complessivamente adeguate alla colpa dell'autore, in applicazione dell'articolo 47 e seguenti CP.

Commisurazione della pena pecuniaria

Secondo il diritto vigente, il calcolo della pena pecuniaria va eseguito secondo il sistema delle aliquote giornaliere (art. 34 CP).

La questione è come inserire la «[...] pena pecuniaria fino a sei retribuzioni annuali» nell'attuale sistema della pena pecuniaria.

Sarebbe per esempio possibile fissare a 2160 il numero massimo delle aliquote giornaliere in sei anni (6 x 360). Tuttavia l'aumento del numero massimo delle aliquote giornaliere va rifiutato per il seguente motivo: se il tribunale pronuncia una condanna al pagamento del numero massimo di aliquote giornaliere (2160) e l'autore non paga la pena pecuniaria senza condizionale, tale pena verrebbe sostituita da una pena detentiva sostitutiva di sei anni che non sarebbe né proporzionale né giustificata.

Occorre pertanto basarsi sul numero massimo di aliquote giornaliere ammissibile secondo l'articolo 34 capoverso 1 CP, vale a dire 360 aliquote giornaliere. Secondo l'articolo 34 capo-

verso 2 primo periodo CP, l'importo massimo dell'aliquota giornaliera ammonta a 3000 franchi. Poiché l'importo complessivo della massima pena pecuniaria ammissibile (1,08 milioni di franchi⁷⁶ secondo il diritto vigente) potrebbe rivelarsi molto inferiore all'importo massimo permesso dalla Costituzione (sei retribuzioni annuali), l'articolo 24 propone che il giudice, per calcolare l'importo dell'aliquota giornaliera, non sia vincolato all'importo massimo stabilito nell'articolo 34 capoverso 2 primo periodo CP. In questi casi si rinuncia così all'importo massimo della pena pecuniaria esplicitamente fissato dal legislatore per motivi inerenti allo Stato di diritto⁷⁷. Tuttavia occorre rilevare che ciò non deve permettere di irrogare pene pecuniarie di importo illimitato.

Per «retribuzione annuale» s'intende la somma di tutte le prestazioni pecuniarie e materiali (o il loro valore pecuniario) versate al condannato in un anno dalla società presso cui è stato commesso il reato⁷⁸. Includere eventuali retribuzioni annuali che il condannato ha percepito per mandati ricevuti da altre società (in seno o al di fuori del gruppo), nelle quali non sono però stati compiuti reati, appare inadeguato e anche sproporzionato.

Decisivo per quanto concerne la retribuzione annuale è il momento della commissione dell'atto.

Indipendentemente dal fatto che, secondo l'articolo 24, il giudice non debba essere vincolato all'importo massimo dell'aliquota giornaliera prevista nel diritto vigente (art. 34 cpv. 2 primo periodo CP), l'importo dell'aliquota giornaliera deve invece essere calcolato conformemente al diritto vigente e alla giurisprudenza⁷⁹. Il giudice fissa l'importo dell'aliquota secondo la situazione personale ed economica dell'autore al momento della pronuncia della sentenza, tenendo segnatamente conto del suo reddito e della sua sostanza, del suo tenore di vita, dei suoi obblighi familiari e assistenziali e del minimo vitale (art. 34 cpv. 2 secondo per. CP).

Per motivi di parità di trattamento e di coerenza del diritto penale, questo modo di procedere va seguito anche per le condanne secondo l'articolo 24. Se il calcolo si basasse soltanto sulla retribuzione annuale che l'autore ha ricevuto dalla società per i suoi servizi, si terrebbe conto soltanto di una parte del reddito e ne risulterebbe una disparità di trattamento rispetto a tutti gli autori condannati a una pena pecuniaria per altri reati (p. es. nell'ambito del CP) per i quali, per calcolare l'importo dell'aliquota giornaliera, viene considerato il reddito complessivo indipendentemente dalla sua origine. Non sarebbe corretto accordare questo speciale trattamento ai membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo punibili per infrazioni alle disposizioni della presente ordinanza.

⁷⁶ 360 aliquote giornaliere a 3000 franchi = 1 080 009 franchi.

⁷⁷ Cfr. messaggio del 21.09.1998 concernente la modifica del Codice penale svizzero (Disposizioni generali, introduzione e applicazione della legge) e del Codice penale militare nonché una legge federale sul diritto penale minorile, FF 1999 1707. Cfr. anche art. 48 n. 1 cpv. 2 CP previgente (nessun vincolo del giudice all'importo massimo della multa se l'autore ha agito a scopo di lucro).

⁷⁸ Il periodo di calcolo può variare: le retribuzioni fisse sono approvate in anticipo dall'assemblea generale e le retribuzioni variabili lo sono per l'esercizio concluso. Sulla tematica cfr. il commento dell'art. 18.

⁷⁹ Sui dettagli del calcolo: ANNETTE DOLGE, *Basler Kommentar Strafrecht I*, 2^a ed. 2007, Art. 34, N 42 segg.

La retribuzione annuale, che l'autore ha ricevuto dalla società in questione al momento del reato, deve tuttavia essere decisiva per calcolare il massimo ammissibile della pena pecuniaria (numero delle aliquote giornaliere x importo dell'aliquota giornaliera). Questo importo massimo non deve di regola eccedere il sestuplo della relativa retribuzione annuale. Tuttavia, fino al limite di 1,08 milioni di franchi prescritto dal diritto vigente si applicano le regole di calcolo abituali. In tal modo si evita anche che, a causa di una retribuzione annuale relativamente bassa per il mandato nel consiglio d'amministrazione della società interessata, sia pronunciata una pena pecuniaria non adeguata alla situazione personale ed economica dell'autore. Tale sarebbe per esempio il caso di una persona che esercita un mandato nel consiglio d'amministrazione di tre società anonime. Nel 2012 ha ricevuto una retribuzione annuale di 10 000 franchi dalla X-SA, dalla Y-SA ha ricevuto una retribuzione annuale di 500 000 franchi e dalla Z-SA di un milione di franchi. Quello stesso anno ha commesso un reato soltanto contro la X-SA. In questo caso, secondo la regola delle sei retribuzioni annuali, il massimo della pena pecuniaria totale sarebbe di 60 000 franchi, una sanzione inadeguata tenuto conto del reddito complessivo dell'autore.

Il giudice deve invece rispettare il limite massimo (sei volte la retribuzione annuale) se vuole irrogare una pena pecuniaria capitalizzata complessiva che supera 1,08 milioni di franchi. Con questo limite massimo si vogliono evitare pene pecuniarie di importo illimitato.

Soltanto nei casi di effettiva «retribuzione abusiva» il vigente sistema della pena pecuniaria non deve essere applicato. Inoltre, i futuri autori non dovranno per quanto possibile essere trattati meglio o peggio di tutti gli altri autori punibili per esempio in virtù del Codice penale o del diritto penale accessorio.

Poiché l'articolo 25 commina una «pena pecuniaria fino a 180 aliquote giornaliere» il problema delle retribuzioni annuali non si pone. Il calcolo dell'importo dell'aliquota giornaliera va pertanto eseguito conformemente ai principi generali.

3.12 Disposizioni transitorie (art. 26-32)

3.12.1 Diritto applicabile in generale

Né l'articolo 95 capoverso 3 né l'articolo 197 numero 10 Cost. vietano l'entrata in vigore graduale dell'ordinanza. L'ordinanza pondera una serie di interessi, tenendo conto da una parte dell'effetto immediato delle sue disposizioni e dall'altra della necessità delle società di disporre di un termine consono per adeguare il loro comportamento e i loro statuti/regolamenti alle nuove disposizioni imperative.

L'articolo 26 sancisce pertanto due principi di diritto transitorio:

- secondo il capoverso 1, gli articoli 1–4 del Titolo finale del CC⁸⁰ si applicano alla presente

⁸⁰ Codice civile svizzero del 10 dic. 1907 (CC, RS 210).

ordinanza per quanto gli articoli 27–32 non prevedano altrimenti;

- secondo il capoverso 2, le disposizioni dell'ordinanza sono applicabili dalla loro entrata in vigore (art. 33, 1° gennaio 2014) a tutte le società anonime con azioni quotate in borsa (art. 1).

Una panoramica dell'insieme delle disposizioni transitorie, rispettivamente della graduale entrata in vigore dell'ordinanza si trova nella tavola allegata.

3.12.2 Adeguamento dello statuto e dei regolamenti

Secondo l'articolo 27 capoverso 1, le società devono adeguare il loro statuto e i loro regolamenti alle prescrizioni dell'ordinanza entro due anni dall'entrata in vigore (1° gennaio 2014). L'elezione individuale dei membri del consiglio d'amministrazione per un mandato di un anno deve per esempio avere luogo durante la prima assemblea generale ordinaria che si tiene dopo l'entrata in vigore dell'ordinanza (art. 29 cpv. 1). Le eventuali disposizioni statutarie contrarie devono tuttavia essere modificate soltanto dopo la scadenza del citato termine di due anni, con una deliberazione dell'assemblea generale che risulta da un atto pubblico.

Entro due anni dall'entrata in vigore della presente ordinanza (1° gennaio 2014), lo statuto deve comprendere sia le disposizioni necessarie sia le altre disposizioni (art. 12). Fino a tale data non occorre per esempio che la durata dei contratti di lavoro dei membri della direzione (art. 12 cpv. 1 n. 2) sia stabilita nello statuto. La disposizione penale (art. 24 cpv. 1 n. 3) e la disposizione sulle retribuzioni vietate (art. 20 n. 4 e 5) impediranno che gli organi della società rimangano inattivi oltre il termine di due anni.

Secondo l'articolo 27 capoverso 2, gli istituti di previdenza assoggettati alla LFLP⁸¹ devono adeguare i loro regolamenti e la loro organizzazione alle prescrizioni della presente ordinanza (art. 22 e 23) entro due anni dall'entrata in vigore (1° gennaio 2014).

3.12.3 Adeguamento di contratti di lavoro conclusi sotto il diritto anteriore

Secondo l'articolo 28, i contratti di lavoro devono essere adeguati alle prescrizioni dell'ordinanza entro un anno dalla sua entrata in vigore (1° gennaio 2014). Dopo la scadenza di questo termine le sue prescrizioni sono applicabili senza limitazioni a tutti i contratti di lavoro. Tenuto conto dei numerosi casi d'applicazione possibili si rinuncia a una regolamentazione esplicita delle conseguenze giuridiche che dovranno essere determinate dal giudice nei singoli casi.

L'articolo 28 impedisce che le prescrizioni imperative dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. o dell'ordinanza non abbiano pienamente effetto per anni. Inoltre contribuisce alla chiarezza del diritto e di conseguenza alla certezza del diritto. Il modello normativo a cui si ispira que-

⁸¹ RS 831.4

sta disposizione è l'articolo 7 capoverso 1 delle Disposizioni finali e transitorie del titolo X del Codice delle obbligazioni (modifica del diritto del lavoro del 25 giugno 1971) che persegue il medesimo fine per i datori di lavoro e per i lavoratori e impedisce un'applicazione non uniforme del nuovo diritto⁸².

Le prescrizioni dell'ordinanza sono immediatamente e illimitatamente applicabili a un nuovo contratto di lavoro concluso dopo la sua entrata in vigore.

3.12.4 Elezione dei membri del consiglio d'amministrazione e del comitato di retribuzione

Secondo l'articolo 29 capoverso 1, l'assemblea generale elegge i membri del consiglio d'amministrazione (art. 3), il suo presidente (art. 4) e i membri del comitato di retribuzione (art. 7) durante la prima assemblea generale ordinaria che si tiene dopo l'entrata in vigore dell'ordinanza (1° gennaio 2014). Ciò permette di evitare che nel 2013 alcune società eleggano i membri del consiglio d'amministrazione per una durata fino a sei anni (art. 710 cpv. 1 CO), differendo di conseguenza l'applicazione dell'ordinanza.

Secondo l'articolo 29 capoverso 2, il consiglio d'amministrazione vota le attribuzioni e le competenze del comitato di retribuzione fino a quando non siano fissate nello statuto (art. 12 cpv. 1 n. 3 in relazione con l'art. 27 cpv. 1).

3.12.5 Rappresentante indipendente

Le società devono disporre imperativamente di un rappresentante indipendente dall'entrata in vigore dell'ordinanza (1° gennaio 2014); da quel momento la rappresentanza da parte di un membro di un organo della società e la rappresentanza da parte di un depositario sono soppresse.

Poiché l'identità del rappresentante indipendente deve essere preannunciata nella convocazione all'assemblea generale, non si può pretendere che questi sia già stato eletto dagli azionisti quando si terrà la prima assemblea generale dopo l'entrata in vigore dell'ordinanza (1° gennaio 2014). L'articolo 30 capoverso 1 prevede pertanto che, per la prima assemblea generale ordinaria o straordinaria dopo l'entrata in vigore dell'ordinanza (1° gennaio 2014), egli venga eccezionalmente designato dal consiglio d'amministrazione, a meno che sia già stato eletto volontariamente dagli azionisti.

Secondo l'articolo 30 capoverso 2, l'attribuzione al rappresentante indipendente di procure e istruzioni per via elettronica (art. 9 cpv. 3) deve essere possibile soltanto dalla secondo as-

⁸² Cfr. Botschaft vom 25. August 1967 des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag), BBl 1967 II 241, 426 seg. (testo disponibile soltanto in tedesco e francese).

semblea generale ordinaria dopo l'entrata in vigore dell'ordinanza. In tal modo le società dispongono di un termine sufficiente per adeguare le loro infrastrutture elettroniche.

3.12.6 Approvazioni dell'assemblea generale

Secondo l'articolo 31 capoverso 1, le prescrizioni sull'approvazione degli importi complessivi della retribuzione fissa del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo (vedi art. 18 cpv. 1 n. 1, 3 e 5) si applicano al più tardi in occasione della seconda assemblea generale ordinaria che si tiene dopo l'entrata in vigore dell'ordinanza (1° gennaio 2014).

Secondo l'articolo 31 capoverso 2, gli importi complessivi delle retribuzioni variabili dei membri del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo (vedi art. 18 cpv. 1 n. 2, 4 e 6) si applicano per la prima volta per l'esercizio che inizia con l'entrata in vigore dell'ordinanza (1° gennaio 2014) o con quello successivo.

3.12.7 Obbligo di voto e di trasparenza

Secondo l'articolo 32, dal 1° gennaio 2015 gli istituti di previdenza assoggettati alla LFLP devono esercitare nell'interesse dei loro assicurati e in seno all'assemblea generale i diritti di voto delle azioni quotate in borsa che detengono (cfr. art. 22) e riferire sul modo in cui hanno esercitato questo obbligo (art. 23).

3.13 Entrata in vigore (art. 33)

L'articolo 197 numero 10 Cost. prescrive che entro un anno dall'accettazione dell'articolo 95 capoverso 3 da parte del Popolo e dei Cantoni, il Consiglio federale emani le disposizioni di esecuzione necessarie. Di conseguenza, il Consiglio federale deve emanare l'ordinanza al più tardi entro il 3 marzo 2014.

L'ordinanza deve però entrare in vigore già il 1° gennaio 2014⁸³, precisamente all'inizio dell'esercizio 2014. Nella maggior parte delle imprese infatti l'esercizio coincide con l'anno civile.

La validità dell'ordinanza non è esplicitamente limitata nel tempo. In base all'articolo 197 numero 10 Cost., il Consiglio federale abrogherà però l'ordinanza nel momento dell'entrata in vigore delle disposizioni legali in senso formale che daranno esecuzione alla disposizione costituzionale.

⁸³ Comunicato stampa del Consiglio federale del 26 mar. 2013.

4 Ripercussioni economiche

Le prescrizioni dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. consolidano i diritti degli azionisti. Esse intendono impedire le retribuzioni eccessive del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo che ostacolano la gestione sostenibile dell'impresa e danneggiano l'economia aziendale e nazionale.

Le prescrizioni imperative dell'articolo 95 capoverso 3 Cost. comportano anche dei costi per le imprese interessate, per esempio nei seguenti settori:

- le società devono adeguare i loro statuti alle nuove disposizioni. Lo statuto deve risultare da un atto pubblico e la sua modifica deve essere comunicata all'ufficio del registro di commercio;
- il consiglio d'amministrazione deve adeguare i contratti – in particolare quelli con i membri della direzione – alle nuove prescrizioni;
- le elezioni annuali e le competenze di approvazione dell'assemblea generale conferiscono al consiglio d'amministrazione della società nuovi compiti organizzativi;
- la predisposizione dei sistemi elettronici di identificazione e comunicazione per l'attribuzione elettronica delle procure e delle istruzioni al rappresentante indipendente ha dei costi. O la società provvede allo sviluppo di un proprio sistema o ne incarica un fornitore di servizi esterno.

Anche l'obbligo di voto e l'obbligo di trasparenza degli istituti di previdenza assoggettati alla LFLP⁸⁴ è fonte di maggiori oneri amministrativi.

Di fatto i costi delle società anonime e degli istituti di previdenza dipendono comunque fortemente dalle circostanze concrete delle singole società e non è pertanto possibile stimarli. Il DFGP si è sforzato di far sì che l'ordinanza non causi altri costi oltre a quelli necessari per adempiere le prescrizioni imperative dell'articolo 95 capoverso 3 Cost.

Non vanno peraltro sottovalutati i problemi che dovrà affrontare una società la cui assemblea generale non approva in particolare le retribuzioni proposte per il consiglio d'amministrazione e la direzione. L'ordinanza cerca di ridurre notevolmente questo rischio senza derogare alle prescrizioni imperative dell'articolo 95 capoverso 3 Cost.:

- il consiglio d'amministrazione può sottoporre per approvazione a una medesima assemblea generale una seconda proposta di importo totale delle retribuzioni inferiore al primo importo proposto (art. 18 cpv. 2);
- l'ordinanza prevede un meccanismo di approvazione anticipata che permette di fissare una componente della remunerazione fissa consolidando la certezza del diritto a beneficio del consiglio d'amministrazione, della direzione e del consiglio consultivo (art. 18 cpv. 1 n. 1, 3 e 5);

⁸⁴ RS 831.42

- a certe condizioni, le società possono prevedere nello statuto un proprio meccanismo di approvazione (art. 18 cpv. 3) adeguato ai loro bisogni.

Inoltre l'utilizzo da parte della società di un sistema semplice, trasparente e quindi comprensibile di retribuzione riduce ulteriormente il rischio di mancata approvazione da parte dell'assemblea generale con le sue conseguenze economiche rovinose e i problemi che ne derivano.