

Le politiche retributive e i piani di incentivazione

22 novembre 2023

1

Le politiche retributive e i piani di incentivazione
Avv. Barbara Grasselli, Founding Partner, Zambelli & Partners

Piani di incentivazione: tipologie



«CASH»

- **MBO – management by objectives**
 - *bonus* in denaro calcolato su base annua tra un minimo ed un massimo variabile in funzione del raggiungimento di un *mix* di obiettivi aziendali (e di regola anche personali)
- **LTIP – long term incentive plan**
 - *bonus* in denaro calcolato su base pluriennale (di regola 3 anni) tra un minimo ed un massimo variabile in funzione del raggiungimento di obiettivi aziendali (e a volte anche personali)



STRUMENTI FINANZIARI

- **STOCK OPTION PLAN**
 - attribuisce il diritto di acquistare o sottoscrivere in futuro un determinato numero di azioni a determinate condizioni
- **STOCK GRANT PLAN**
 - prevede (i) l'assegnazione **immediata** di un determinato quantitativo di azioni a titolo gratuito ovvero (ii) l'immediata “**promessa**” di assegnazione in data futura di un determinato numero di azioni
- **PHANTOM STOCK OPTION PLAN**
 - Prevede il diritto di ricevere pagamenti in futuro basati sul valore di un ipotetico quantitativo di azioni, senza alcun acquisto o operazione analoga sulle stesse da parte del beneficiario

Le clausole di *malus* e di *clawback*

Malus

I sistemi di *malus* sono meccanismi di correzione *ex post* che operano durante il periodo di differimento del pagamento della retribuzione variabile e, quindi, prima dell'effettiva corresponsione, e che possono ridurre o financo azzerare la retribuzione variabile

Clawback

Le clausole di *clawback* costituiscono meccanismi di correzione *ex post* che consentono la restituzione, totale o parziale, della retribuzione variabile già erogata

Le clausole di *malus* e di *clawback* nei settori regolamentati: le norme di riferimento

Normativa eurounitaria

- **Direttiva 2010/76/CE** (c.d. CRD III)
- **CEBS Guidelines** del 10 dicembre 2010, emanate dal *Committee of European Banking Supervisors*
- **Direttive 2013/36/UE** (c.d. CRD IV)
- **EBA Guidelines** emanate dalla *European Banking Authority* il 21 dicembre 2015
- **Direttiva 2019/878/UE** (c.d. CRD V)

Normativa italiana

- **artt. 53 e 67 del TUB** (c.d. «*Testo Unico Bancario*»)
- **art. 6 del TUF** (c.d. «*Testo Unico sulla Finanza*»)
- **Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013** della Banca d'Italia e successivi aggiornamenti (42° aggiornamento del 30 marzo 2023)
- **Regolamento congiunto della Banca d'Italia e della Consob** del 29 ottobre 2007 e successive modifiche (l'ultima risale al 27 aprile 2017)

Regolamenti aziendali

- **Politiche di Remunerazione della singola Banca**

Clausole di *malus* e *clawback*: i presupposti di operatività individuati dalla Banca d'Italia

➤ **Circolare n. 285** del 17 dicembre 2013 della **Banca d'Italia**, paragrafo 2.1, punto 5, Sezione III:

La componente variabile è sottoposta, attraverso specifiche pattuizioni, a meccanismi di correzione ex post (malus e clawback) idonei, tra l'altro, a riflettere i livelli di performance al netto dei rischi effettivamente assunti o conseguiti e patrimoniali nonché a tener conto dei comportamenti individuali; i meccanismi conducono quindi a una riduzione, anche significativa, o all'azzeramento della remunerazione variabile stessa, soprattutto in caso di risultati significativamente inferiori agli obiettivi prestabiliti o negativi o quando la banca non è in grado di mantenere o ripristinare una solida base di capitale. La Banca individua criteri e presupposti per l'applicazione di questi meccanismi:

*a) sono soggetti a **clawback** almeno gli incentivi riconosciuti e/o pagati ai soggetti che abbiano determinato o concorso a determinare:*

- comportamenti non conformi a disposizioni di legge, regolamentari o statutarie o a eventuali codici etici o di condotta applicabili alla banca, da cui sia derivata una perdita significativa per la banca o per la clientela*
- ulteriori comportamenti non conformi a disposizioni di legge, regolamentari o statutarie o a eventuali codici etici o di condotta applicabili alla banca, nei casi da questa eventualmente previsti;*
- violazioni degli obblighi imposti ai sensi dell'articolo 26 [requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza] o, quando il soggetto è parte interessata, dell'articolo 53, commi 4 e ss., del TUB o degli obblighi in materia di remunerazione e incentivazione;*
- comportamenti fraudolenti o di colpa grave a danno della banca.*

Le banche fissano nelle proprie politiche di remunerazione la durata minima del periodo nel quale trovano applicazione le clausole di clawback; tale periodo ha inizio dal pagamento della singola quota (up-front o differita) di remunerazione variabile e, almeno con riferimento alla remunerazione del personale più rilevante, è di durata non inferiore a 5 anni.

*b) i meccanismi di **malus** sono applicati, oltre che nei casi **sub a)**, anche per tener conto della performance al netto dei rischi effettivamente assunti o conseguiti e dell'andamento della situazione patrimoniale e di liquidità.*

Clauseole di *malus* e *clawback*: i presupposti di operatività (c.d. “*trigger event*”)

I presupposti che legittimano l’operatività delle clauseole di *malus* e *clawback* si dividono, pertanto, in due distinte tipologie, di cui la prima raggruppa al suo interno tutte quelle ipotesi c.d. **sogettive** ancorate a determinate condotte o a *status* del lavoratore, mentre nella seconda rientrano le ipotesi c.d. **oggettive**.

- ✓ nella **prima tipologia**, rientrano : i comportamenti, sorretti da dolo o colpa grave, da cui sia derivata una perdita significativa per la società, anche in termini di danno all’immagine; l’elaborazione fraudolenta o dolosa dei dati finanziari; la perdita dei requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza previsti dal testo unico bancario; nonché le violazioni con dolo o colpa grave degli obblighi di cui al D.lgs. n. 231 del 2001 o del Codice Etico.
- ✓ la **seconda tipologia** è volta, invece, a correggere *ex post* la componente variabile della retribuzione di fronte a flessioni significativamente negative in termini finanziari dell’andamento societario, o in caso di mero errore di calcolo (che si può verificare, ad esempio, quando le componenti variabili della remunerazione sono state determinate sulla base di dati che, in seguito, si sono rilevati manifestatamente errati).

Art. 53 TUB

1. La Banca d'Italia emana disposizioni di carattere generale aventi a oggetto:

[...]

d) il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni e i sistemi di remunerazione e di incentivazione.

4-sexies. E' nullo qualunque patto o clausola non conforme alle disposizioni in materia di sistemi di remunerazione e di incentivazione emanate ai sensi del comma 1, lettera d), o contenute in atti dell'Unione europea direttamente applicabili. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto. Le previsioni contenute nelle clausole nulle sono sostituite di diritto, ove possibile, con i parametri indicati nelle disposizioni suddette nei valori più prossimi alla pattuizione originaria.

Clausole di *malus* e *clawback*: la giurisprudenza

- ✓ **Corte Appello di Milano, 15/09/2022, n. 679:** *«In tema di claw-back, ove si ritenesse che attraverso l'accordo transattivo tra il dipendente e la Banca, quest'ultima abbia rinunciato al diritto di azionare il claw-back, tale accordo dovrebbe ritenersi nullo ai sensi e per gli effetti dell'art. 118 disp. att. c.p.c., ossia per violazione delle disposizioni - imperative e inderogabili - di cui agli artt. 53 e 67 d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (Testo Unico Bancario) e successive modifiche, secondo cui i sistemi di remunerazione e incentivazione devono essere soggetti a meccanismi di correzione ex post mediante previsione di clausole di claw-back e malus, con nullità di ogni patto o clausola non conformi»*
- ✓ **Corte Appello di Milano, 06/10/2020, n. 643:** *«È nulla la transazione che preveda un pagamento di un corrispettivo senza la previsione di una specifica clausola di clawback e malus ai sensi dell'art. 53, comma 4-sexies del TUB. L'art. 53, comma 4-sexies, del TUB per consentire la sostituzione automatica della clausola invalida esistente al fine di mantenere la validità del contratto, presuppone l'esistenza di una pattuizione»*

Clausole di *malus* e *clawback*: la giurisprudenza

- **Corte Appello di Milano, 02/03/2017, n. 585:** *«il c.d. clawback opera indipendentemente dalla personale responsabilità del beneficiario dei premi ma è teso a correggere ex post la componente variabile della retribuzione anche quando la società o un business subisce flessioni significativamente negative in termini finanziari o subisce un significativo errore nella gestione del rischio»*

Clausole «MBO»: giurisprudenza

➤ *L'illegittimità della clausola che vincola alla permanenza in forza del lavoratore*

- ✓ **Tribunale di Padova, 8 settembre 2022, n. 455:** *«Pacifico che gli obiettivi sono stati raggiunti dal ricorrente e pacifico altresì che il termine massimo per il pagamento del premio è il mese di giugno dell'anno successivo, va rilevato che la condizione che il lavoratore "sia ancora in forza e/o non in preavviso di dimissioni o licenziamento al momento dell'erogazione", **deve effettivamente considerarsi nulla**, in quanto idonea ad incidere sulla libertà di recesso inderogabilmente sancita dall'art. 2118 c.c. a favore del lavoratore (fatto salvo l'obbligo del preavviso): libertà di recedere da un rapporto contrattuale a tempo indeterminato, che costituisce, come noto, espressione di un principio generale dell'ordinamento, avente lo scopo di evitare la perpetuità dei vincoli obbligatori, fatti salvi i casi tassativamente previsti dalla legge. La condizione in esame è quindi illecita ai sensi dell'art. 1354 c.c., perché limita la libera recedibilità del lavoratore dal rapporto di lavoro».*

Clausole «MBO»: giurisprudenza

di segno opposto...

- ✓ Tribunale di Roma, sentenza 8 marzo 2022, n. 2120: «*La condizione di erogabilità della retribuzione variabile contenuta nel predetto regolamento aziendale, che subordina la sua spettanza al fatto di non essere dimissionari al momento in cui è prevista la sua erogazione, risulta quindi in linea con la volontà espressa dalle parti collettive e pertanto essa non può essere considerata vessatoria nei termini evidenziati dall'odierno opposto. Né una condizione siffatta risulta essere arbitraria o irragionevole, posto che con essa si intende perseguire una finalità lecita quale quella di rafforzare l'attaccamento e la fidelizzazione all'azienda dei dipendenti, evitando così la loro migrazione verso aziende concorrenti*»
- ✓ Tribunale di Ferrara, sentenza n. 169/2017: «*Il premio di produttività in questione (...) non ha fonte contrattuale e trova invece il suo fondamento in una determinazione unilaterale dell'azienda. Pertanto la scelta di limitare tale erogazione nel caso di dimissioni appare legittima. Tale politica aziendale non appare nemmeno arbitraria ed ingiustificata, essendo evidente che essa è preordinata a disincentivare l'abbandono del posto di lavoro del dipendente nel corso dell'anno*»