



Legal Newsletter n. 7/2017

Tax & Legal

Updates:

Corporate

Labour

Privacy

Regulatory compliance

kpmg.com/it



Sommario

Corporate

Intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione.....	4
Nuovi obblighi di trasparenza per l'acquisto di azioni di emittenti quotate.....	4
Le clausole di ' <i>Russian roulette</i> '.....	5

Labour

Contratti collettivi aziendali: legittimazione ed efficacia secondo la Cassazione.....	6
Sospensione prima del pensionamento: il punto della Cassazione.....	7
Lavoro agile: i primi chiarimenti dell'INAIL.....	7

Privacy

D.Lgs. 231/2001: si arricchisce l'elenco dei reati-presupposto.....	9
Rischio privacy elevato sul web.....	10
<i>Whistleblowing</i> e Privacy: come trattare i dati 'soffiati'.....	10

Regulatory compliance

Razzismo e xenofobia: i nuovi reati presupposto introdotti nel D.Lgs. 231/2001.....	13
Norme antinfortunistiche: se manca la delega, la responsabilità è del legale rappresentante.....	14

Corporate

Intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione

Il Comitato Interregionale dei Consigli Notarili del Triveneto ha recentemente pubblicato l'orientamento H.B.39 intitolato '*Intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione in relazione alle possibili diverse clausole statutarie*'. Tale orientamento ha ad oggetto le modalità di intervento in assemblea nelle società per azioni 'chiuse', ossia con capitale non diffuso tra il pubblico, e stabilisce che, anche in assenza di una specifica previsione statutaria, deve ritenersi possibile l'intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione, a condizione che siano in concreto rispettati i principi del metodo collegiale.

I notai del Triveneto ritengono, infatti, che l'assemblea sia validamente costituita quando è rispettato il principio collegiale, ovvero quando è garantita ai soci la possibilità di votare e discutere gli argomenti oggetto dell'ordine del giorno in modo consapevole e simultaneo, così come se fossero fisicamente presenti in assemblea.

I notai redattori hanno, inoltre, chiarito che negli statuti delle società è possibile inserire clausole volte a derogare al principio di collegialità. Il Codice Civile, infatti, già prevede la possibilità di introdurre nello statuto il voto per corrispondenza, introducendo quindi, di fatto, una deroga al metodo collegiale. Questo porta quindi a ritenere legittima anche la previsione, nello statuto, di procedimenti assembleari non pienamente rispettosi del metodo collegiale.

A tal riguardo, è opportuno sottolineare che l'introduzione di deroghe al procedimento collegiale può essere attuata solo con il consenso unanime dei soci. Tale modalità di intervento è, infatti, prevista nell'interesse esclusivo dei soci e deve quindi intendersi approvata solo con consenso unanime, per evitare possibili abusi da parte della maggioranza.

La concreta applicazione dell'orientamento in commento permetterà di incentivare la diretta partecipazione ai lavori assembleari, limitare l'assenteismo e consentire una consapevole formazione della volontà assembleare anche a chi non sarebbe altrimenti nella condizione di partecipare, se non indirettamente.

Nuovi obblighi di trasparenza per l'acquisto di azioni di emittenti quotate

Con l'art. 13 del D.L. 148/2017 il legislatore ha voluto ampliare gli obblighi di trasparenza relativi all'acquisto di partecipazioni in emittenti quotate. La disposizione si inserisce in un più ampio processo di revisione della normativa di riferimento nato a seguito della crisi finanziaria del 2008 e volto a rafforzare l'integrità dei mercati di capitali.

Più in particolare, si prevede che in occasione dell'acquisto di una partecipazione in emittenti quotate pari o superiore alle soglie del 10%, 20% e 25% del capitale, l'acquirente, nel comunicarlo alla CONSOB, debba anche dichiarare gli 'obiettivi' che ha intenzione di perseguire nel corso dei sei mesi successivi.

Di conseguenza, nella dichiarazione (da trasmettere sia alla CONSOB che alla stessa società le cui azioni sono oggetto di acquisto) l'acquirente dovrà indicare anche:

- (i) *'i modi di finanziamento dell'acquisizione;*
- (ii) *se agisce solo o in concerto;*
- (iii) *se intende fermare i suoi acquisti o proseguirli, nonché se intende acquisire il controllo dell'emittente o comunque esercitare un'influenza sulla gestione e, in tali casi, la strategia che intende adottare e le operazioni per metterla in opera;*
- (iv) *le sue intenzioni per quanto riguarda eventuali accordi e patti parasociali di cui è parte;*
- (v) *se intende proporre l'integrazione o la revoca degli organi amministrativi o di controllo dell'emittente'.*

Tale dichiarazione dovrà essere trasmessa nel termine di dieci giorni a decorrere dalla data di acquisizione della partecipazione.



La norma non specifica il contenuto delle dichiarazioni nel caso in cui debbano essere rese dai possessori di strumenti finanziari partecipativi, da speciali categorie di azionisti dotati del diritto di voto su argomenti specificamente indicati, o da quelli a cui lo statuto della società riserva la nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione, del consiglio di sorveglianza o di un sindaco. Il contenuto di queste ultime dichiarazioni sarà specificato dalla CONSOB con apposito regolamento.

Qualora nel termine di sei mesi dalla prima comunicazione le intenzioni dell'acquirente dovessero cambiare, sulla base di circostanze sopravvenute, questi dovrà rendere nuovamente la dichiarazione senza ritardo.

L'omissione della comunicazione comporterà l'impossibilità di esercitare il diritto di voto inerente alle azioni quotate o agli strumenti finanziari, nonché l'applicazione di misure e sanzioni amministrative.

Le clausole di 'Russian roulette'

Le clausole di 'Russian roulette' mirano a risolvere una situazione di stallo decisionale (c.d. *dead-lock*) venuta a crearsi tra soci che abbiano una partecipazione uguale al capitale sociale (es. 50% e 50%). Solitamente usate all'interno dei patti parasociali, le clausole di 'Russian roulette' prevedono l'uscita di uno dei soci dalla compagine sociale e l'acquisto dell'intero capitale da parte dell'altro. Il socio che decide di avvalersi della clausola di 'Russian roulette' sceglierà il prezzo di acquisto della propria porzione di capitale sociale, mentre l'altro socio potrà scegliere se acquistare la partecipazione del socio che si è avvalso della clausola o, in alternativa, se vendere la propria al medesimo prezzo.

Come per tutte le clausole volte a risolvere una situazione di stallo, lo scopo è quello di evitare la liquidazione della società per impossibilità di funzionamento.

Le clausole di 'Russian roulette' non erano ancora state oggetto di analisi da parte della giurisprudenza italiana, fino a quando, il Tribunale di Roma, con una sentenza del 19 Ottobre 2017, ha affermato la loro validità.

Ad avviso del Tribunale di Roma, le clausole di 'Russian roulette' garantiscono, infatti, un equilibrio negoziale tra le parti del patto, in quanto, indipendentemente dal criterio scelto dal socio che si avvale della clausola per determinare il valore della partecipazione, l'equilibrio viene garantito dalla facoltà di scelta, per l'altro socio, tra la l'acquisto della partecipazione al prezzo stabilito dal socio che si è avvalso della clausola e la vendita della propria partecipazione alle medesime condizioni.

Ovviamente tale meccanismo potrebbe portare ad abusi di posizione nel caso in cui la parte che si avvale della clausola sia consapevole del fatto che l'altro socio non potrà fare altro che vendere. Tuttavia, la Corte romana spiega che nel diritto societario non si ravvisa nessuna norma che vieti o possa portare a qualificare come illegittime tali clausole, anche nel caso in cui il prezzo possa essere determinato senza seguire criteri oggettivi prestabiliti, purché la clausola non porti alla determinazione iniqua del prezzo.

.



Labour

Contratti collettivi aziendali: legittimazione ed efficacia secondo la Cassazione

Con sentenza n. 27115 del 15 novembre 2017, la Cassazione è stata chiamata a decidere su una controversia avente ad oggetto l'efficacia di un contratto collettivo aziendale nei confronti di lavoratori aderenti ad un sindacato non firmatario del medesimo contratto.

Nel caso di specie, un'organizzazione sindacale autonoma aveva proposto ricorso per condotta antisindacale nei confronti di una società ferroviaria, denunciando il tentativo dell'azienda di costringere (con ordini scritti e verbali, trattenute sullo stipendio e provvedimenti disciplinari) i dipendenti iscritti alla predetta organizzazione, sotto pena di sanzioni disciplinari, a prestare l'attività lavorativa in base alle previsioni dell'accordo sottoscritto da altre organizzazioni sindacali.

In secondo grado la Corte territoriale aveva rigetto nel merito il ricorso proposto dal sindacato statuendo che non poteva considerarsi antisindacale la condotta denunciata, consistita nell'aver il datore di lavoro applicato un accordo collettivo anche a lavoratori aderenti ad una sigla sindacale che non aveva stipulato detto accordo.

Intervenendo sul punto, la Corte di Cassazione ha osservato che, secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, *'agli accordi collettivi aziendali si debba riconoscere (...) efficacia vincolante analoga a quella del contratto collettivo nazionale, trattandosi pur sempre non già di una sommatoria di contratti individuali, ma di atti di autonomia sindacale riguardanti una pluralità di lavoratori collettivamente considerati'* (si veda anche Cass. n. 3047/85 e Cass. n. 2808/84), aggiungendo, inoltre, che al pari dei contratti collettivi nazionali anche i contratti aziendali sono volti a *'introdurre una disciplina collettiva uniforme dei rapporti di lavoro, sia pure limitatamente ad una determinata azienda o a parte di essa'*.

D'altro canto, la Corte di legittimità ha ricordato che l'efficacia dei contratti collettivi aziendali trova un limite nei confronti di quei lavoratori che non siano iscritti alle organizzazioni stipulanti e che *'aderendo ad un'organizzazione sindacale diversa ne condividano l'esplicito dissenso e che potrebbero essere addirittura vincolati ad un accordo sindacale separato e di diverso tenore'* (analogamente, Cass. n. 6044/2012 e Cass. n. 10353/04).

In sostanza, secondo la Corte, l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali deve essere bilanciata, da un lato, con il principio di libertà, di organizzazione e di esercizio dell'attività sindacale previsto dall'art. 39, primo comma, della Costituzione, dall'altro, con un sistema sindacale fondato sui principi privatistici e sulla rappresentanza negoziale delle organizzazioni sindacali.

Alla luce di ciò, a giudizio della Corte, sarebbe illecita la pretesa datoriale di esigere il rispetto del contratto aziendale anche da parte dei lavoratori dissenzienti, perché aderenti a sindacati non firmatari del contratto medesimo. Nondimeno, però, ha ricordato la Corte, *'soltanto i lavoratori sono legittimati ad agire per negare efficacia nei propri confronti ad un contratto collettivo stipulato da organizzazioni sindacali diverse da quella cui siano iscritti, mentre non è ravvisabile alcun diritto o interesse dell'organizzazione sindacale ad agire in giudizio in relazione a validità, efficacia o interpretazione di un contratto collettivo alla cui stipulazione sia rimasta estranea'*.



Sospensione prima del pensionamento: il punto della Cassazione

Con sentenza n. 27206 del 16 novembre 2017, la Corte di Cassazione è stata chiamata a decidere su una controversia avente ad oggetto la legittimità della condotta tenuta da parte di una struttura sanitaria pubblica nei confronti di un proprio dirigente medico prossimo alla pensione, al quale era stata imposta la sospensione dall'attività lavorativa per il godimento delle ferie non fruito.

Nel caso di specie, il dirigente medico aveva proposto appello contro la sentenza del Tribunale che aveva rigettato le domande volte ad ottenere la condanna dell'azienda sanitaria al risarcimento dei danni derivati dalla condotta vessatoria, protrattasi nel tempo in danno del ricorrente, nonché dalla mancata fruizione dei riposi settimanali e al pagamento delle ore, non compensate, di lavoro straordinario.

Nel giudizio di secondo grado la Corte territoriale ha escluso il carattere vessatorio della condotta datoriale ed ha riconosciuto la legittimità delle misure adottate, in quanto espressione del potere organizzativo e di controllo riconosciuto dalla legge al datore di lavoro.

Intervenendo sul punto, la Suprema Corte ha osservato, anzitutto, che, allorché il dipendente non abbia fruito delle ferie e dei riposi compensativi previsti dalla disciplina collettiva applicabile, il datore di lavoro 'è legittimato ad imporre la fruizione degli stessi anche per prevenire richieste di pagamento dell'indennità sostitutiva delle stesse'. Inoltre, richiamando precedenti pronunce di legittimità (Cass. n. 15353/2012 e Cass. n. 25136/2010), la Corte di legittimità ha rilevato che, data la natura 'precauzionale' e non già 'sanzionatoria' del provvedimento, quest'ultimo può essere irrogato anche senza avviare il procedimento disciplinare.

Pertanto, secondo la Corte, 'una volta accertata la acquiescenza del dirigente al provvedimento adottato dall'azienda e, comunque, affermata la legittimità dello stesso', è da escludersi che la condotta del datore di lavoro abbia comportato una violazione dell'integrità fisica e psichica del lavoratore ex art. 2087 c.c. e delle norme del D.Lgs. n. 626/1994, 'perché la responsabilità del datore di lavoro non è oggettiva, ma presuppone un inadempimento colpevole'.

Lavoro agile: i primi chiarimenti dell'INAIL

Con la Circolare n. 48 del 2 novembre 2017 l'INAIL ha fornito alcuni chiarimenti sugli obblighi assicurativi relativa al c.d. 'lavoro agile', il quale, ai sensi dell'art. 18, comma 1, della Legge 22 maggio 2017 n. 81, viene definito come 'modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa'. Secondo l'Istituto, in presenza di 'requisiti oggettivi (lavorazioni rischiose)' e di 'requisiti soggettivi (caratteristiche delle persone assicurate)' di cui al D.P.R. n. 1124 del 30 giugno 1965, l'attività svolta in modalità agile e al di fuori dei locali aziendali è soggetta all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali.

Per individuare gli indici tariffari, la presente circolare richiama il concetto di 'lavorazione' previsto dal Decreto del Ministero del Lavoro del 12 dicembre 2000, definita, in senso ampio, come 'ciclo di operazioni necessario perché sia realizzato quanto in esse descritto, comprese le operazioni complementari e sussidiarie purché svolte dallo stesso datore di lavoro ed in connessione operativa con l'attività principale, ancorché siano effettuate in luoghi diversi'.

Alla luce di ciò, nell'applicazione delle tariffe assicurative, la prestazione resa in modalità agile è soggetta alla stessa classificazione tariffaria della lavorazione svolta in azienda, dal momento che, il lavoratore, tanto nell'attività in azienda quanto in quella svolta con modalità agile, si avvale di strumenti tecnologici che 'sono sempre forniti dal datore di lavoro', il quale è tenuto, peraltro, a garantirne il buon funzionamento. Ciò troverebbe ulteriore conferma nel principio di parità di trattamento tra lavoratori agili e lavoratori operanti in azienda, come previsto dall'art. 20 della Legge n. 81/2017 anche con riferimento alle norme in tema di salute e sicurezza.

Per quanto riguarda, invece, la base di calcolo delle tariffe assicurative, l'Istituto precisa che la retribuzione imponibile per il calcolo delle stesse è data dal reddito da lavoro dipendente ai sensi dell'art. 51 TUIR e dell'art. 29 del D.P.R. n. 1124/1965. Nel caso in cui il reddito imponibile risulti inferiore ai minimali giornalieri previsti dalla Circolare INAIL del 18 aprile 2017, n. 17, la base di calcolo sarà comunque uguale a tali minimali.



L'Istituto fornisce, poi, ulteriori chiarimenti in merito al c.d. *'infortunio in itinere'*. La Legge n. 81/2017, all'art. 23, terzo comma, ha infatti esteso l'assicurazione contro tale tipologia di infortunio anche in favore del lavoratore agile. In particolare, si tratta di infortuni *'occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali'*. In base alla norma citata, ai fini della tutela contro tale tipologia di infortunio, devono ricorrere alcune condizioni. Anzitutto, la scelta del luogo della prestazione deve essere dettata *'da esigenze connesse alla prestazione stessa'* ovvero dalla necessità del lavoratore *'di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative'*. Inoltre, è richiesto che l'individuazione del luogo in cui eseguire la prestazione avvenga in base *'a criteri di ragionevolezza'*. Sicché gli infortuni occorsi al lavoratore al di fuori dei locali aziendali e nel luogo prescelto dal lavoratore sono assicurati *'se causati da un rischio connesso con la prestazione lavorativa'*, mentre gli infortuni che si verificano nel normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento in modalità agile della prestazione lavorativa sono assicurati se lo svolgimento di tale percorso risulti *'connesso a esigenze legate alla prestazione stessa o alla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza'*.

Pertanto, l'evento infortunistico sarà coperto da assicurazione solo se l'attività svolta dal lavoratore al momento dell'infortunio *'sia in stretto collegamento con quella lavorativa'*. Ai fini di tale valutazione si terrà conto anche dei criteri di *'necessità e funzionalità'*.

Per quanto riguarda gli obblighi datoriali, la presente circolare ricorda che, ai sensi dell'art. 23 della Legge n. 81/2017, il datore è annualmente tenuto a fornire al lavoratore e al responsabile dei lavoratori per la sicurezza un'apposita informativa scritta sui rischi generali e rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del lavoro, nonché sul corretto utilizzo delle attrezzature o delle apparecchiature in conformità con le previsioni del c.d. *'Testo Unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro'* (D. Lgs. n. 81/2008). Ad ogni modo, l'Istituto ricorda che il lavoratore, nell'esecuzione della prestazione fuori dai locali aziendali, è tenuto comunque a cooperare con il datore di lavoro al fine di prevenire il rischio di infortuni all'esterno dei locali aziendali.

Viene, inoltre, escluso per il datore di lavoro l'obbligo di denuncia assicurativa nei confronti di quei lavoratori agili le cui mansioni non comportano alcuna variazione del rischio rispetto a quelle eseguite in azienda e rispetto alle quali risultano essere già assicurati.

Diversamente, nel caso in cui i lavoratori non risultino essere già assicurati per le mansioni rese in modalità agile, il datore di lavoro è tenuto ad inoltrare apposita denuncia attraverso il modello reperibile dal 15 novembre 2017 sul sito del Ministero del lavoro.



Privacy

D.Lgs. 231/2001: si arricchisce l'elenco dei reati-presupposto

L'art. 30, comma 4, della Legge 17 ottobre 2017, n. 161, recante *'Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 novembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni.*

Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate', pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, Serie generale n. 258 del 4 novembre 2017 ed entrata in vigore il successivo 19 novembre, ha aggiunto all'art. 25-*duodecies* del D.Lgs. n. 231 del 2001, dopo il comma 1, i commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*.

Tali commi vengono indicati le sanzioni pecuniarie e interdittive applicabili all'ente in relazione ai reati-presupposto di procurato ingresso illecito e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12, commi 3, 3-*bis*, 3-*ter* e 5 del D.lgs. n. 286 del 1998 (cd. Testo Unico Immigrazione).

Si tratta di delitti - quelli di procurato ingresso illecito e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12, commi 3, 3-*bis*, 3-*ter* e 5 del D.lgs. n. 286 del 1998 - per vero già rientranti nell'elenco dei reati-presupposto della responsabilità penal-amministrativa degli enti.

In effetti, l'art. 10, commi 7 e 8, della Legge 16 marzo 2006, n. 146, sul crimine organizzato transnazionale, già annoverava tra i reati-presupposto i sopracitati delitti di cui all'art. 12, commi 3, 3-*bis*, 3-*ter* e 5 del D.lgs. n. 286 del 1998.

Tuttavia, ai sensi e agli effetti della normativa sulla criminalità organizzata transnazionale, le fattispecie delittuose in parola rilevano solo se integranti la definizione di reato transnazionale di cui all'art. 3 della medesima Legge n. 146 del 2006.

Ne deriva che - per effetto delle modifiche apportate dalla legge di riforma del Codice Antimafia - l'ente potrà ora essere chiamato a rispondere dei delitti di procurato ingresso illecito e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina anche ove non transnazionali nel senso anzidetto.

Per converso, riveste carattere di assoluta novità la previsione di cui all'art. 5 della Legge 27 novembre 2017, n. 167, recante *'Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2017'*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, Serie generale n. 277 del 27 novembre 2017 ed entrata in vigore lo scorso 12 dicembre.

Il predetto art. 5 ha inserito nel corpo del D.Lgs. n. 231 del 2001 l'inedito art. 25-*terdecies*, che - rubricato *'Razzismo e xenofobia'* - contempla le sanzioni pecuniarie ed interdittive applicabili all'ente per i delitti di propaganda, istigazione e incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, che, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondino in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra per come definiti dagli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, ratificato dalla Legge 12 luglio 1999, n. 232 (cfr. art. 3, comma 3-*bis*, della Legge 13 ottobre 1975, n. 654, modificato dalla stessa Legge n. 167 del 2017).

La novità legislativa in oggetto induce a prestare particolare attenzione alle testate editoriali, alle imprese radiotelevisive e ai gestori di siti web.



Rischio privacy elevato sul web

Il *Global Privacy Enforcement Network* (GPEN) al termine di un'indagine internazionale condotta da ventiquattro Autorità per la protezione dei dati personali, tra le quali anche il Garante italiano, ha elaborato gli esiti della ricerca, dalla quale emerge un quadro preoccupante: il 67% dei siti e delle app non rivela agli utenti dove sono conservati i loro dati personali, e il 51% non chiarisce se e con chi vengono condivise le informazioni. Policy generiche, imprecise e prive di dettagli, e nel 44% dei casi agli utenti non sono neanche comunicate le modalità di accesso per l'esercizio dei loro diritti.

La ricerca, svolta su 455 siti web ed app di vari settori come viaggi, sanità, banche, social media, giochi d'azzardo e *retail*, ha infatti evidenziato che solo il 35% delle informative sulla privacy menziona l'adozione di misure di sicurezza a protezione delle informazioni personali degli utenti. Non solo le Autorità hanno rilevato policy spesso generiche e talvolta imprecise con riferimenti normativi obsoleti.

Al proposito, è utile sottolineare come siano state messe in campo azioni per rendere il web più sicuro, in particolare è stato pubblicato il codice di condotta Federprivacy per aziende virtuose che possono attestare il proprio impegno a rispettare la privacy degli utenti con un marchio di qualità. Ferrero è stata la prima azienda ad avere ottenuto il bollino 'Privacy Ok'. Tale marchio di qualità potrà aiutare gli utenti a valutare rapidamente il livello di conformità ad uno specifico codice di condotta e ai principi generali della normativa in materia di privacy di siti e app. Le attività di *assessment* ai fini del rilascio del bollino sono state affidate all'organismo di terza parte e indipendente TÜV Italia, che assicura l'imparzialità del processo di valutazione per determinare se un sito o una app è effettivamente conforme e meritevole di fregiarsi del marchio.

Ulteriori elementi di garanzia a tutela degli interessati, attengono all'operato di un comitato di vigilanza che monitora periodicamente i siti e le app che hanno ottenuto il marchio per verificare che continuino a rispettare il codice di condotta, e in ogni momento gli utenti stessi possono rivolgersi ad uno *sportello online* per inviare le loro segnalazioni.

Tra le aziende che hanno mostrato interesse per il marchio di qualità di Federprivacy.

Whistleblowing e Privacy: come trattare i dati 'soffiati'

Il 15 novembre è stata approvata in via definitiva la Legge recante '**Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato**'.

L'articolo 2 '*Tutela del dipendente o collaboratore che segnala illeciti nel settore privato*' determina l'attuazione del fenomeno del cd. '*whistleblowing*' (letteralmente 'soffiata', ovvero 'denuncia interna') anche nel settore privato, per effetto della modifica all'articolo 6 del D.Lgs. 231/2001, prevedendo che i Modelli di organizzazione e gestione siano costituiti anche da canali che consentano la ricezione di segnalazioni '*circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte; tali canali garantiscono la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione*'.

Se da un lato, dunque, il *whistleblowing* è divenuto uno strumento importante per l'efficacia della costruzione 231, dall'altro lo stesso presenta molti aspetti problematici sotto il profilo della tutela dei dati personali.

Come conciliare le aspettative di riserbo del 'delatore' (a garanzia di eventuali ritorsioni) con il diritto di accesso riconosciuto al soggetto al quale si riferisce la segnalazione. Come bilanciare l'esigenza di trasparenza nell'uso delle informazioni altrui (informativa privacy) con la necessità di mantenere riservate le attività ispettive. Come evitare di soggiacere all'obbligo di richiedere il consenso al 'sospettato' per la raccolta di informazioni che lo riguardano: sono soltanto alcuni degli interrogativi che si pongono.

Doveri di corretta gestione della procedura - La gestione delle procedure di segnalazione richiede l'attuazione della consueta metodologia *data protection*: identificare ruoli privacy nell'ambito della procedura di segnalazione; predisporre piani di formazione ad hoc per gli eventuali responsabili e gli incaricati del trattamento; applicare rigorose misure di sicurezza nel trattamento informatico o cartaceo dei dati.

L'ambito di circolazione delle notizie oggetto di denuncia - Se il diritto al riserbo non è necessariamente sinonimo di anonimato, principi basilari del *data protection* e ragioni di efficacia e affidabilità delle procedure



di segnalazione esigono che l'identità del 'delatore' sia nota soltanto alla ristretta cerchia di persone incaricate di gestire la denuncia e non sia svelata al 'denunciato' nel corso delle indagini; questi non potrà accedere ai dati dell'informatore neanche quando sia accertata l'infondatezza della segnalazione. In ogni caso, rimane fermo che in ipotesi di concreto rischio di ritorsioni, da valutare nel caso specifico, l'anonimato possa costituire una valida soluzione anche sotto il profilo privacy.

La disciplina di particolare favore previsto per le presunte denunce di illecito presuppone il rispetto del principio di finalità: l'uso dei dati personali che ne formano oggetto deve essere strettamente correlato alle attività investigative. Ne deriva che la trasmissione di tali notizie a soggetti terzi, anche mediante trasferimento dei dati in Paesi extra-comunitari (si pensi a trasmissioni alla casa madre estera o a organi pubblici di controllo come la SEC), può considerarsi legittimo solo se esso si rende necessario per i predetti fini investigativi. Analogamente, i relativi *report* potranno essere trasmessi a individui facenti parte di funzioni aziendali che hanno il diritto di conoscerli per lo svolgimento dei rispettivi compiti e prerogative (es. *auditors*, organismo di vigilanza, collegio sindacale). Sarà compito del Titolare del trattamento determinare l'ampiezza dell'ambito di circolazione dei dati nello specifico, secondo una rigorosa applicazione del predetto principio di finalità e di pertinenza previa determinazione dei ruoli privacy dei soggetti interessati da tali flussi comunicativi.

Protezione da ritorsioni - Oltre al diritto al riserbo ed all'esercizio dei diritti privacy in qualità di '*data subject*', il denunciante non può subire alcun pregiudizio, per la propria segnalazione effettuata in buona fede; anche nel caso in cui, a seguito del successivo approfondimento di indagine, essa risulti infondata. Viceversa, saranno attivate le procedure interne per la valutazione dell'applicabilità di eventuali sanzioni disciplinari a carico del delatore di cui venga dimostrata la malafede.

Diritti del denunciato - La tutela dei diritti delle persone 'segnalate' rientra in una logica di bilanciamento 'a doppio binario': da un lato, essa si comprime inevitabilmente nella fase di verifica interna (specie quando l'istruttoria sfocia nella necessità aziendale di agire o difendersi in giudizio), dall'altro la stessa conserva il proprio vigore, visto che, per la corretta gestione della procedura di segnalazione interna, è richiesta in ogni caso l'adozione degli accorgimenti innanzi descritti.

Se la vicenda presenta i connotati della raccolta di informazioni per finalità difensive dell'azienda (sia quella in fase di ricezione delle informazioni da parte del denunciante sia quella oggetto di specifica attività investigativa ad opera dell'organo di controllo), la gestione di questi dati personali può avvenire legittimamente 'a fari spenti': le esigenze di segretezza prevalgono sul diritto alla trasparenza informativa della persona 'segnalata' (informativa privacy) e, di conseguenza, sulla necessità di acquisirne preventivamente il consenso al trattamento dei propri dati personali. Non a caso, lo stesso codice privacy e poi il Regolamento EU (che lascia spazio a deroghe in capo agli Stati Membri) ammette, nel caso in cui i dati siano trattati nell'ambito di un'indagine difensiva penale o comunque per una finalità di difesa in giudizio - la possibilità di prescindere sia dall'informativa (art. 13.5 lett. b) che dal consenso dell'interessato (art. 24.1 lett. f).

Una volta esaurita l'esigenza di difesa giudiziaria - elemento che congela provvisoriamente talune tutele 'privacy' - l'interessato recupera la pienezza dei propri diritti: potrà accedere ai dati oggetto della segnalazione - escluso il nominativo del delatore - chiedere la rettifica dei dati inesatti, incompleti o non aggiornati e, soprattutto, la cancellazione di quei dati per i quali è cessato lo scopo di conservazione.

Il principio di finalità e pertinenza - Uno dei principali requisiti di legittimità dell'uso dei dati personali contenuti nelle denunce - come anticipato sopra - è il rispetto del principio di finalità, a sua volta corredato da quello di pertinenza. Nel caso del *whistleblowing* la finalità consiste nel perseguire uno scopo investigativo ovvero di vigilanza per l'accertamento di eventuali illeciti di natura penale commessi da propri dipendenti o rappresentanti e che espongano l'azienda a responsabilità. Pertinenza vuole dire che formeranno oggetto di trattamento solo quei dati personali che sono funzionali alle finalità indicate, quindi, escludendo l'uso di tutte quelle informazioni ininfluenti per lo scopo. Ne deriva, come diretta conseguenza del principio di pertinenza, la conformità all'ulteriore principio privacy della 'non eccedenza': vale a dire della raccolta ed utilizzo solo dei dati personali strettamente necessari per lo svolgimento delle funzioni di vigilanza ed investigazione. La conformità a questi principi - specie in considerazione della delicatezza delle attività che ne formano oggetto - deve essere costantemente vagliata ed attuata con rigore.



Conservazione delle informazioni oggetto di denuncia - Secondo la normativa privacy i dati personali (cioè quelle informazioni suscettibili di identificare una persona) possono essere conservati non oltre il tempo necessario per il perseguimento delle finalità per le quali i dati sono stati originariamente raccolti o utilizzati.

L'applicazione pratica di questo principio nel caso delle investigazioni comporta la cancellazione dei dati personali (o l'anonimizzazione degli stessi) allorché le attività investigative sono terminate, ovvero si siano concluse eventuali attività processuali o disciplinari da queste eventualmente originate. Ne segue che i dati personali oggetto di denunce risultate infondate andrebbero cancellati immediatamente. Nel caso si preferisse procedere all'archiviazione della documentazione, in alternativa alla distruzione del materiale identificativo, occorrerà impostare un separato sistema informativo con accessi riservati contenente i dati personali in questione. Tali informazioni, infatti, al termine del periodo di conservazione legittimo - come sopra determinato - non dovranno essere più disponibili nei fascicoli operativi delle persone incaricate all'elaborazione dei resoconti sull'esito delle denunce. In relazione a tali archivi, le aziende dovranno avvalersi di adeguate misure di sicurezza volte a evitare il rischio di accessi o di comunicazioni di dati non autorizzati. In presenza di dati personali 'sensibili' l'accesso agli archivi andrà consentito secondo criteri di pertinenza molto rigorosi ed efficienti (ad es. consentendo l'accesso solo a personale addetto alla gestione delle denunce per esame di precedenti, all'autorità giudiziaria, ad interessati che esercitano il diritto di accesso).



Regulatory compliance

Razzismo e xenofobia: i nuovi reati presupposto introdotti nel D.Lgs. 231/2001

In data 27 novembre 2017 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la Legge 17 ottobre 2017, n. 161 (*'Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2017'*), approvata lo scorso 8 novembre dalla Camera dei deputati.

La Legge Europea 2017 si compone di 30 articoli ed introduce, *inter alia*, un'importante novità in tema di responsabilità amministrativa degli enti ex D.Lgs. n. 231/2001 (di seguito, anche il 'Decreto') all'art. 5, capo II, recante *'Disposizioni per la completa attuazione della decisione quadro 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale - Caso EU Pilot 8184/15/Just'*.

L'art. 5, capo II della Legge Europea 2017 introduce, all'interno del Decreto, l'art. 25-terdecies (*Razzismo e xenofobia*), prevedendo sanzioni amministrative nei confronti degli enti nel caso in cui i vertici apicali degli stessi pongano in essere reati di razzismo e xenofobia nell'interesse e a vantaggio degli enti medesimi.

In particolare, nell'articolo di nuova introduzione, vengono richiamati i delitti di cui all'art. 3, comma 3-bis, della Legge 13 ottobre 1975, n. 654, ai sensi del quale *'si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia, della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232'*.

Per quanto riguarda il profilo sanzionatorio relativo ai delitti connessi al razzismo e alla xenofobia, l'art. 25-terdecies del D.Lgs. n. 231/2001, al comma 1, prevede l'applicazione, in capo all'ente, di una sanzione pecuniaria da 200 a 800 quote (da 51.600 a 1.239.200 Euro).

Il comma 2 del medesimo articolo prevede invece che, *'nei casi di condanna per i delitti di cui al comma 1, si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, per una durata non inferiore a un anno'*, e in particolare:

- (i) l'interdizione dall'esercizio dell'attività;
- (ii) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito;
- (iii) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione (salvo che per ottenere la prestazione di un pubblico servizio);
- (iv) l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti e contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi;
- (v) il divieto di pubblicizzare beni e servizi.

Il comma 3, infine, introduce un'aggravante, prevedendo che, qualora *'l'ente o una sua unità organizzativa sia stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei delitti di cui sopra, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'art. 16, comma 3'*.

Dal 12 dicembre 2017 - data in cui entrerà in vigore la Legge Europea 2017 - le Società dovranno, pertanto, provvedere all'adeguamento del proprio Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo, al fine di definire nuove procedure per una corretta *compliance* dell'attività aziendale anche rispetto alla prevenzione dei reati di razzismo e xenofobia, introdotti con il nuovo art. 25-terdecies nel D.Lgs. n. 231/2001. In particolare, nei Modelli organizzativi sarà, ad esempio, opportuno prevedere che, all'interno dei contratti di affitto dei locali, questi ultimi non vengano utilizzati per riunioni finalizzate all'organizzazione di eventi orientati alla commissione dei predetti reati.



Norme antinfortunistiche: se manca la delega, la responsabilità è del legale rappresentante

La Suprema Corte con sentenza 40702/2017 ha ribadito un principio cardine in tema di deleghe in materia di salute e sicurezza, ovvero che *'se il datore di lavoro è una persona giuridica, destinatario delle norme è il legale rappresentante dell'ente imprenditore, quale persona fisica attraverso la quale il soggetto collettivo agisce nel campo delle relazioni intersoggettive'*. Gli Ermellini hanno poi precisano che la responsabilità del legale rappresentante, in assenza di una valida delega sussiste indipendentemente dallo svolgimento di mansioni tecniche e ciò proprio per la sua qualità di preposto alla gestione societaria'.

Il legale rappresentante resta pertanto l'unico destinatario degli obblighi derivanti dalla normativa antinfortunistica, qualora non siano individuabili soggetti diversi tenuti a garantire il rispetto delle previsioni di cui al D.Lgs. 81/2008 e ciò indipendentemente

Nel caso di specie pertanto la Suprema Corte ha infatti rigettato i ricorsi presentati da alcuni imputati, legali rappresentanti della persona giuridica, che erano stati condannati dalla Corte d'Appello per il reato di omicidio colposo aggravato dalla violazione *'degli obblighi prevenzionistici'* e che, nella gestione della salute e sicurezza, non erano ricorsi alla delega di funzione ai sensi dell'articolo 16 del D.Lgs. 81/2008.

La delega incardina infatti un *'nuovo'* soggetto imputabile penalmente in quanto al *'delegato di funzione'* vengono conferite - entro i limiti dell'atto stesso - responsabilità di pertinenza *ab origine* del Datore di Lavoro, anche in considerazione delle capacità tecniche di gestire la complessa materia della salute e della sicurezza. In questa logica la nomina del delegato non deve però essere vista come uno strumento di de-responsabilizzazione del Datore di Lavoro delegante che resta il soggetto di riferimento in ambito di Sicurezza dei Lavoratori, ma bensì di co-responsabilizzazione per gestire in modo più professionale gli aspetti legati alla sicurezza.





Studio Associato
Consulenza legale e tributaria

Contatti

it-fmLegalNewsletter@kpmg.it

Sedi

Milano

Via Vittor Pisani 27, 20124
Tel. 02 676441 - Fax 02 67644758

Ancona

Via I° maggio 150/a, 60131
Tel. 071 2916378 - Fax 071 2916221

Bologna

Via Innocenzo Malvasia 6, 40131
Tel. 051 4392711 - Fax 051 4392799

Firenze

Viale Niccolò Machiavelli 29, 50125
Tel. 055 261961 - Fax 055 2619666

Genova

P.zza della Vittoria 15/12, 16121
Tel. 010 5702225 - Fax 010 584670

Napoli

Via F. Caracciolo 17, 80122
Tel. 081 662617 - Fax 081 2488373

Padova

Piazza Salvemini 2, 35131
Tel. 049 8239611 - Fax 049 8239666

Perugia

Via Campo di Marte 19, 06124
Tel. 075 5734518 - Fax 075 5723783

Pescara

P.zza Duca D'Aosta 31, 65121
Tel 085 4210479 - Fax 085 4429900

Roma

Via Adelaide Ristori 38, 00197
Tel. 06 809631 - Fax 06 8077459

Torino

C.so Vittorio Emanuele II 48, 10123
Tel. 011 883166 - Fax 011 8395865

Verona

Via Leone Pancaldo 68, 37138
Tel. 045 8114111 - Fax 045 8114390



kpmg.com/socialmedia



kpmg.com/app

Tutte le informazioni qui fornite sono di carattere generale e non intendono prendere in considerazione fatti riguardanti persone o entità particolari. Nonostante tutti i nostri sforzi, non siamo in grado di garantire che le informazioni qui fornite siano precise ed accurate al momento in cui vengono ricevute o che continueranno ad esserlo anche in futuro. Non è consigliabile agire sulla base delle informazioni qui fornite senza prima aver ottenuto un parere professionale ed aver accuratamente controllato tutti i fatti relativi ad una particolare situazione.

© 2017 Studio Associato - Consulenza legale e tributaria è un'associazione professionale di diritto italiano e fa parte del network KPMG di entità indipendenti affiliate a KPMG International Cooperative ("KPMG International"), entità di diritto svizzero. Tutti i diritti riservati.

Denominazione e logo KPMG sono marchi e segni distintivi di KPMG International Cooperative ("KPMG International").